

TOWARZYSTWO
BIBLIOTEKI
SŁUCHACZÓW
PRAWA UJ



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

Numer 2/2012 (9)

www.tbsp.pl

ISSN-1689-9601

Numer wydany w związku z konferencją „Konieczne zmiany w prawie –
wyzwania dla ustawodawcy”, zorganizowanej
z okazji 160. rocznicy założenia TBSP UJ

Publikacja wydawana przez
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ

Autorzy

Marzena Cios
Maciej Kawecki
Karol Kozieł
Aleksandra Kluczevska
Michał Koszowski
Kamil Mamak
Jakub Michalik
Dominik Zając

Projekt graficzny i łamanie
Marta Woszczak

Adiustacja i korekta
Agnieszka Kukieła

Kolegium Redakcyjne
Zeszytów Prawniczych oraz
Internetowego Przeglądu
Prawniczego TBSP UJ
Karolina Gorczyca
Mateusz Pacak
mgr Aleksandra Puczek
mgr Maciej Pleszka
mgr Wojciech Szkadłubowicz

Adres redakcji
ul. Bracka 12/302,
31-005 Kraków
e-mail: redakcja.ipp@tbsp.pl
www.tbsp.pl
© by tbsp uj

Spis treści

Marzena Cios.....	4
<i>Między kasatoryjnością a apelacyjnością modelu postępowania odwoławczego – kierunki zmian</i>	
Maciej Kawecki, Karol Koziół	15
<i>Systemy DRM a dozwolony użytek – propozycje zmian</i>	
Aleksandra Kluczevska	21
<i>„Czy polskie uczelnie będą musiały zwrócić przyznane im dotacje?” Unijne prawo pomocy państwa a system finansowania szkół wyższych w Polsce</i>	
Michał Koszowski	33
<i>Inwestycje w zakresie obiektów energetyki jądrowej. Regulacja prawna jako narzędzie bezpieczeństwa energetycznego</i>	
Kamil Mamak.....	42
<i>Tymczasowe aresztowanie – wczoraj, dziś i jutro</i>	
Jakub Michalik	61
<i>Kiedy ciało jest więzieniem a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem kryterium ustalenia płci</i>	
Dominik Zając	87
<i>Czy osoby, które nie prowadziły działalności opozycyjnej przed 1989 rokiem, mogą starać się o odszkodowanie na podstawie ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego?</i>	

Między kasatoryjnością a apelacyjnością modelu postępowania odwoławczego – kierunki zmian

1. Wstęp

Wszystkie minione, teraźniejsze i przyszłe nowelizacje dzielą rzeczywistość normatywną na temporalne etapy, które później pozostawiają ślad w piśmiennictwie. Zmianę w prawie rodzi refleksja o dotychczasowych dysfunkcjach, a zwieńcza żywiona w różnym stopniu przez odbiorców nadzieja na lepszy kształt prawa. Za każdym razem projektodawcy muszą jednak zmierzyć się z powtarzanymi jak mantra zarzutami naiwności legislacyjnej². Czy hamuje to ludzki pęd za ideałem? Nic bardziej mylnego, o czym świadczy podejmowana przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego (dalej KKPK) inicjatywa gruntownej, kompleksowej reformy postępowania karnego. Po szeregu drobnych, często fragmentarycznych nowelizacji, których ilość dynamicznie wzrasta, powstała w umysłach wielu ludzi nauki i praktyki karnoprocesowej ważka wątpliwość. Czy źródła kluczowych problemów procesu karnego nie trzeba szukać głębiej, a więc w zmianach systemowych, które położą kres pokutującej ciągle w naszym prawie doktrynie radzieckiej, a dotychczasowe doraźne nowele zostaną wpisane w jednolity, logiczny zespół cech przyjętego modelu?³ Spektrum

^{1*} Autorka jest doktorantką WPiA UJ.

² Por. T. Gardocka, *Kodeks postępowania karnego – naiwność legislatorów* [w:] M. Mozgawa, K. Dudka (red.), *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywy zmian*, Warszawa 2009, s. 195. P. Hofmański, S. Zabłocki, *O nowelizowaniu kodeksu postępowania karnego*, MoP 2/2007, s. 89-94.

³ Więcej o definicji modelu: S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 1968, s. 9.

zagadnień, które wchodzą w zakres przewidywanej regulacji są porównywalne do wielkiej nowelizacji z 10 stycznia 2003 r.⁴, która była kamieniem milowym w rozwoju polskiej procedury karnej, stąd tym bardziej uzasadnione są większe wymagania i nadzieje pod adresem przygotowanego projektu⁵.

Wybór problematyki postępowania odwoławczego jest podyktowany z jednej strony funkcją kontroli instancyjnej, która odbija się szerokim echem wśród społeczeństwa uwiłkanego w proces karny, a z drugiej strony poczuciem, że ten właśnie etap postępowania niczym sejsmograf wykrywa najwięcej dotąd bagatelizowanych dysfunkcji. Oba motywy są funkcjonalnie ze sobą powiązane. Otóż, relatywnie wyczuwana przez każdego z uczestników procesu sprawiedliwość proceduralna jest wypadkową m.in. trafnej reakcji instancji odwoławczej (funkcja korekcyjna) w przełożeniu na odpowiedni nakład czasu i poszanowanie gwarancji stron. W zyskach prawidłowo przeprowadzonego postępowania kontrolnego partycypuje rzecz jasna także i wymiar sprawiedliwości, a to poprzez realizację funkcji stymulacyjnej i precedensowej⁶, których wspólnym mianownikiem jest szeroko pojęta profilaktyka. To wszystko skłania do poniższych refleksji, które wychodząc od wyboru założeń modelowych, mają dać pogłos konkretnym konsekwencjom w spodziewanych przepisach ustawy. W ten sposób zakrojona metoda analizy ma z założenia przebiegać przez zagadnienia: prawa dowodowego, granic zaskarżenia, praw i obowiązków oskarżonego, które z kolei immanentnie są powiązane z szeregiem zasad procesowych, a zwłaszcza: dwuinstancyjności, bezpośredniości, kontradiktoryjności i prawa do obrony.

2. Model hybrydy kasatoryjnej

O metodzie rewizyjnej w polskim procesie karnym można mówić od roku 1949, kiedy drogą przeprowadzonej reformy⁷ zerwano z modelem apelacyjnym, zakładającym szeroką możliwość orzekania merytorycznego i reformatoryjnego instancji odwoławczej. Asumptem stało się nasilające zjawisko nadmiernej przewlekłości postępowania, w którym zagubiła się racja efektywnej polityki karnej. Niewątpliwie była to jedna z najpoważniejszych zmian systemowych w procesie karnym, która pociągnęła za sobą likwidację trzeciej instancji. Wprowadzenie rewizji i rewizji nadzwyczajnej w miejsce dotychczasowej apelacji i kasacji całkowicie przeobraziło rolę i funkcję procedury odwoławczej w przestrzeni

⁴ Dz.U. nr 17, poz. 155.

⁵ <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/>, 8.11.2011.

⁶ Zob. więcej: A. Gaberle, *Funkcje kontroli instancyjnej w procesie karnym (zagadnienia podstawowe)* [w:] A. Gaberle, S. Waltoś (red.), *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody*, Kraków 2000, s. 23–33.

⁷ Ustawa z 27 kwietnia 1949 r. – o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. nr 32, poz. 238).

kontroli instancyjnej. Nie była to jednak do końca konsekwentna transformacja, bowiem ówczesny model przyjął szerokie koncesje na rzecz systemu apelacji, które recypowane w Kodeksie postępowania karnego w 1969 r. z biegiem czasu podlegały kolejnym uszczupleniom. W tym samym duchu pozostał również kodeks z 1997 r., choć na pozór powrócił on do terminologii apelacyjnej z procedury przedwojennej. Taki stan rzeczy został w piśmiennictwie określony jako model hybrydalny, co znamienne, że nieobcy innym ustawodawstwom.

Dla rozważanego tematu istotne jest podkreślenie najistotniejszej różnicy pomiędzy dwoma wzajemnie wypierającymi się modelami, przebiegającej w sposobie orzekania przez sąd odwoławczy i możliwych orzeczeniach następczych. W systemie rewizyjnym, jak można przypuszczać, wiedzie prym kasatoryjność sądu odwoławczego, który unika orzekania merytorycznego (w razie stwierdzonych uchybień) i w tym celu przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez sąd pierwszej instancji. *Im prima vista*, dostrzeżone tu zjawisko jest procesualnie do zaakceptowania, jeżeli przyjąć za najważniejsze w procesie respektowanie zasady bezpośredniości w przeprowadzaniu dowodów i zagwarantowanie prawa do obrony.

Niektórzy widzą w zamknięciu sprawy *in merito* w instancji odwoławczej zachwianie zasady kontroli procesu i w tym sensie traktują jako niedopuszczalne czynienie innych ustaleń faktycznych, jak tylko w celu rozstrzygnięcia, czy wymagana jest korektura orzeczenia⁸. Zwolennicy tego stanowiska ograniczają możliwość zastąpienia kontrolowanego orzeczenia jedynie w razie zaistnienia przeszkody procesowej, albo gdy oskarżony jest niewinny, natomiast czynienie ustaleń faktycznych w przedmiocie postępowania przez sąd kontrolujący, a następnie przeprowadzanie na ich podstawie przez ten sam organ korektury orzeczenia, jest przez grono osób interpretowane jako sprzeczne z ideą procesu karnego, gdyż takie orzekanie ma charakter ewokacji sprawy i nieuprawnionego zagarnięcia uprawnień sądu I instancji⁹. Wydaje się jednak, że jest to fragmentaryczne ujęcie zasady dwuinstancyjności, gdyż w świetle art. 176 Konstytucji wystarczy gwarancja co najmniej dwukrotnej kontroli danej sprawy, a nie każdego poszczególnego rozstrzygnięcia (a więc zastępczego rozstrzygnięcia sądu odwoławczego)¹⁰.

⁸ A. Gaberle, *op. cit.*, s. 42-43; M. Cieślak, *Merytoryczne pogorszenie sytuacji oskarżonego w sądzie odwoławczym na skutek założonej na jego niekorzyść rewizji lub rewizji nadzwyczajnej*, PiP 8-9/1964, s. 285 i n.

⁹ Por. A. Kaftal, *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym (Rozważania modelowe)*, Warszawa 1972, s. 133; R. Kmiecik, *Trójinstancyjny system apelacyjno-kasacyjny czy dwuinstancyjna hybryda rewizyjno-kasacyjna* [w:] T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, Lublin 1995, s. 67; K. Mioduski, *Model postępowania rewizyjnego w polskim procesie karnym*, PiP 8-9/1968, s. 293 i n.; P. Pojnar, *Prawo sądu odwoławczego do własnych ustaleń faktycznych a zasada kontroli procesu – rozważania de lege lata i de lege ferenda* [w:] J. Czapska, A. Gaberle, A. Świątłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 710-719.

¹⁰ Por. post. SN z 20 października 2005 r., II KK 184/05, niepubl.

Racji dla utrzymania systemu rewizyjnego można doszukiwać się również w poszanowaniu prawa do obrony, zwłaszcza w sytuacji pogorszenia sytuacji oskarżonego, której gwarantem obecnie pozostają zasady *ne peius*. Według zdania niektórych, już samo rozumienie zasady kontroli należy sprowadzać *stricte* do zabezpieczenia prawa do obrony, a nie *ex definitione* do dwuinstancyjności postępowania¹¹. Jednakże to samo prawo do obrony może zostać pogwałcone, jeśli zgoda odrzucimy przeprowadzanie dowodów co do istoty sprawy w postępowaniu odwoławczym. Błędne rozumienie treści art. 452 Kodeksu postępowania karnego (dalej k.p.k.) jest często pretekstem do oddalania wniosków dowodowych zgłoszonych przez strony dopiero w apelacji. Można w tym rozumowaniu pójść jeszcze dalej i stwierdzić, że dochodzi w ten sposób do rozmiłowania się procesu karnego z jednym z głównych celów, do jakich zmierza – dotarcia do prawdy materialnej¹².

Z kolei to co najczęściej jest wysuwane pod adresem atrakcyjności modelu rewizyjnego, to pełne respektowanie zasady bezpośredniości przy prowadzeniu postępowania dowodowego. Niewątpliwie i w pierwszej instancji trudno mówić o absolutnym – bezpośrednim zetknięciu się sądu z dowodami, gdyż jak wiadomo, jest to z samej istoty okoliczności faktycznych naturalną kolejną rzeczą. W świetle tego, zarzuca się instancji odwoławczej orzekanie na podstawie akt ograniczone jedynie do dublowania postępowania pierwszoinstancyjnego, a jeżeli nawet dowody zostają przeprowadzone, to na skutek upływającego czasu traktowane są jako znikomej wartości dla możliwości poznawczych sądu odwoławczego¹³.

Biorąc pod uwagę wszystko co powyższe, należy podzielić pogląd, że w polskim systemie odwoławczym dochodzi do dysharmonii między uprawnieniem sądu *ad quem* do orzekania merytorycznego a jego uprawnieniami do dokonywania bezpośredniego poznania faktów, które stanowią podstawę danego rozstrzygnięcia¹⁴, co dobitnie potwierdza zdominowanie naszego modelu elementami kasatoryjnymi, przy jednoczesnym deficycie bezpośredniego poznania procesowego. Powyższy paradoks był swoistym przyczynkiem do uciekania ustawodawcy od modelu reformatoryjnego w stronę kasatoryjności.

¹¹ M. Żak, *Postępowania odwoławcze w procesie karnym – kierunki zmian* [w:] *Kluczowe problemy procesu karnego*, P. Hofmański (red.), Warszawa 2011, s. 47-49. Podobnie: S. Zabłocki [w:] Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1998, s. 515. S. Zabłocki zauważa sprzężenie zwrotne między regułami *ne peius* a materialnym prawem do obrony w postępowaniu odwoławczym, zob. więcej: S. Zabłocki, *Reguły ne peius a materialne prawo do obrony w postępowaniu odwoławczym* [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 921 i n.

¹² Zob. więcej: J. Izydorczyk, *Prawo do obrony w postępowaniu odwoławczym* [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy...*, s. 968-969.

¹³ Por. z innymi, dotkliwymi odstępstwami od zasady bezpośredniości, panoszącymi się już w pierwszej instancji: J. Tylman, *Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym* [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 125-144.

¹⁴ S. Zabłocki, *Postępowanie odwoławcze w kodeksie postępowania karnego po nowelizacji. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2003, s. 366-367.

Niepełny byłby to obraz modelu kasatoryjnego, gdyby nie odnieść się do najbardziej znamionującej, dotkliwej cechy, jaką jest znaczne przedłużanie procesu karnego przez ponowne inicjowanie w postępowaniu sądu *a quo* wraz z dopuszczalnością następnie uruchomienia kolejnej kontroli tak wydanego rozstrzygnięcia. Tego rodzaju dysfunkcjonalność podkreślają nie tylko przedstawiciele doktryny¹⁵, ale i stosujący prawo procesowe sędziowie i prokuratorzy, którzy bezpośrednio stykają się z niewydolnością ustawowych regulacji¹⁶.

Jeżeli bowiem to instytucja przekazania do ponownego rozpoznania hamuje polski proces, to warto poddać rozważeniu rozwiązania francuskie i rosyjskie, które nie korzystają z tego środka aż do instancji kasacyjnej. O ile wydłuża to postępowanie kasacyjne, o tyle nie torpeduje biegu całego procesu, który w ogólnym rozrachunku zyskuje na rozsądnym, bardziej przewidywalnym terminie rozstrzygnięcia sprawy. Jest to prawidłowość wpisana m.in. w ramy francuskiego *Code de procédure pénale* (art. 567-621) czy od niedawna w treść rozdziału 45 Kodeksu postępowania karnego Federacji Rosyjskiej¹⁷. Warto zauważyć, że w krajach, gdzie wyraźnie zakłada się reformatoryjność orzekania drugiej instancji, przy uszczuplonych gwarancjach oskarżonego, ogranicza się dopiero kognicję kasacyjną na okoliczność podważania sprawy co do istoty, likwidując tym samym zatory w toku instancji¹⁸. Z powyższych, głównie temporalnych względów, rozpoczęto dyskusję o przywróceniu modelu apelacyjnego bądź jedynie transpozycji części z tych rozwiązań na polski grunt procedury karnej.

3. Ku apelacyjności postępowania odwoławczego w świetle projektu KKKP

By móc mówić o apelacyjnym modelu postępowania karnego, należy sięgać jeszcze do k.p.k. z 1928 r.¹⁹, w którym najpełniej, jak do tej pory, uwidocznił się omawiany model. Oznacza to, że sąd drugiej instancji dokonywał pełnej kontroli instancyjnej, mając do dyspozycji nieograniczone uprawnienia dowodowe, wydawał wyrok merytoryczny, rozstrzygający sprawę co

¹⁵ S. Waltoś, *Podsumowanie* [w:] S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, Kraków 2007, s. 267.

¹⁶ P. Hofmański, *Zmiany w kodeksie postępowania karnego w świetle poglądów sędziów i prokuratorów*, PiP 2006/ 1, s. 6-7.

¹⁷ D. Świecki, *Postępowanie odwoławcze według rosyjskiego kodeksu postępowania karnego*, Prok.iPr. 2007/6, s. 90-92. *Idem*, *Postępowanie apelacyjne we francuskim kodeksie postępowania karnego*, Prok.iPr. 2009/10, s. 104. Por. J. Tylman, *Reforma środków odwoławczych w postępowaniu karnym*, SP-E 1993, t. XLVIII, s. 95-111. Do niedawna istniejący model radziecki (do wejścia w życie nowego kodeksu w dniu 1 lipca 2002 r.) posiadający charakter rewizyjny ustąpił na rzecz apelacyjno-kasacyjnego systemu środków odwoławczych. Podobne reformy modelowe przeszedł proces niemiecki, gdzie sąd II instancji jest władny do szerszego niż dotychczas postępowania dowodowego. Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 122.

¹⁸ M. I. Andrzejewski, M. Cios, *Hybrydalność orzekania sądu kasacyjnego w postępowaniu karnym*, (oddane do druku).

¹⁹ Dz.U. nr 33, poz. 313.

do istoty. Nie dość wspomnieć, że w związku z powyższym funkcjonowała instancja trzecia – kasacyjna, kontrolująca już li tylko wyrok, a nie sprawę, zaopatrzona w instytucję przekazania instancji niższej do ponownego rozpoznania (za wzorcem francuskim). Nie wydaje się jednak, aby pożytecznym było rozprawianie o wskrzeszeniu obecnie trzeciej instancji, gdyż wydaje się to mało prawdopodobne, nawet przy uapelacyjnieniu postępowania odwoławczego²⁰.

Dzisiaj już wiadomo, że system czystej apelacji nie sprawdził się, wydłużając niepomiernie proces, uderzył w najistotniejsze gwarancje procesowe. Natomiast bardziej aktualne jest pytanie o słuszność intencji KKPK względem uczynienia procesu bardziej spornym – kontradiktoryjnym i przywróceniu poszczególnych elementów apelacyjnych w zręby naszego obecnego systemu (apelacyjność ograniczona). Jest to rozwiązanie przełomowe, jeśli z jednej strony pozwoli zatrzymać dryfowanie polskiej procedury karnej, a z drugiej uczyni proces bardziej transparentnym dla bezpośrednich odbiorców – stron procesowych. Obranie nowej drogi może napotykać na trudności zarówno procesowe, jak i pozaprawne, które mogą zaprzepaścić nawet najlepsze idee poprzez udział czynnika ludzkiego. Z pewnością w pracę projektodawcy jest wpisane swoje ryzyko zawodowe w postaci przedzierania się przez bariery uprzedzeń, czasem apriorycznej postawy praktyków podążających najchętniej utartymi szlakami procedury.

Najczęstszym zarzutem pod adresem projektu KKPK, korespondującym z poniższą problematyką, jest obawa zwłaszcza doktryny o zagrożenie egzystencji zasady prawdy materialnej. Jest to odpowiedź na przemodelowanie procesu ku bardziej kontradiktoryjnym, poczynawszy od aktywizacji stron w postępowaniu dowodowym, a tym samym ograniczenie do minimum inicjatywy sądu, który w tym układzie staje się bardziej arbitrem czuwającym nad prawidłowością czynności, które następnie wartościuje i ocenia. Z jednej strony plasują się ci, dla których już sama kontradiktoryjność uderza w fundamentalne gwarancje prawdy (konkuruje z nią), są jednak i tacy, którzy widzą pewną symbiozę i uzupełnianie się wzajemne tych naczelných zasad. Wart podkreślenia jest szeroko prezentowany pogląd, że gwarancją zasady prawdy jest właśnie zasada sporności, przebiegająca zwłaszcza przez etap postępowania dowodowego²¹. Sedno tkwi w tym, że efekt zmobilizowania stron do czynnego – kontradiktoryjnego uczestnictwa może wywołać jedynie ograniczenie do minimum inicjatywy dowodowej z urzędu. Szczególnie zdyscyplinowaną stałaby się strona oskarżenia, a po części również linia obrony. Jak do tej pory praktyka wyjaskrawiała

²⁰ Do noweli z 20 lipca 2000 r. nielimitowane uprawnienia kasacyjne były postrzegane jako *de facto* kryptotrójinstancyjny model procesu. Zob. S. Waltoś, *Wizja procesu karnego w XXI wieku*, Prok.i Pr. 2002/1, s. 18. Autor całkowicie powątpiewa w szanse wskrzeszenia trzeciej instancji w ciągu najbliższych dekad stulecia.

²¹ B. T. Bieńkowska, *Miejsce kontradiktoryjności w systemie zasad polskiego procesu karnego* [w:] G. Rejman, B. T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski (red.), *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008, s. 35–36. Podobnie: S. Waltoś, *Proces...*, s. 225; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego, Tom 1*, Warszawa 2007, s. 37.

proceder prowadzenia sprawy przez sąd, marginalnie przez strony. Nie zmieniła tego nawet nowelizacja art. 406 § 1 k.p.k.

Przy okazji tej problematyki warto prześledzić doświadczenia Włoch, które wyprzedziły nas w staraniach o większą kontrydiktoryjność. Szczególnie istotnym jest art. 507 włoskiego k.p.k., który rezerwuje w ograniczonym zakresie sędziowskie uprawnienia dopuszczania dowodów z urzędu²². Zabieg taki hamuje proces włoski przed całkowitą „dekontynalizacją”, jak zresztą i podobnie czyni polski projektodawca, zastrzegając w nowym brzmieniu art. 167 § 1 zd. 3: „W wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu”. O ile jeszcze nie wydaje się to spornym zagadnieniem w pierwszej instancji, o tyle w drugiej napotyka to na liczne zarzuty. Reformatoryjne uprawnienia sądu odwoławczego powinny w końcu korespondować z uprawnieniem zmiany ustaleń faktycznych, nie tylko poprzez ich odmienną ocenę, która *notabene* poddaje w wątpliwość respektowanie zasady bezpośredniości.

Na podstawie projektowanej treści art. 427 k.p.k. odwołujący będzie mógł wskazać nowe fakty i dowody, których nie mógł w uprzednim postępowaniu powołać. Nasuwa się refleksja, czy wobec tego strona inna niż odwołujący pozostanie w świetle tegoż projektu nieskrępowana prekluzją dowodową, co wynikałoby z wykładni *a contrario*. Jak słusznie dostrzega się w doktrynie, omawiana regulacja powinna znaleźć swoje poczesne miejsce w treści art. 452 k.p.k., aby uniknąć niejasności co do podmiotowego zasięgu przepisu²³. Nowe brzmienie § 2 art. 452 k.p.k. wyznacza rozwiązanie optymalne, bowiem inicjatywa legislacyjna nie poszła w kierunku niemieckich wzorców, gdzie postępowanie dowodowe w drugiej instancji może przybrać zasięg nawet większy od pierwszoinstancyjnego. Najbezpieczniej jest uznać wyłącznie potrzebę uzupełnienia przewodu sądowego, aby w ten sposób balansować na granicy przestrzegania zasady bezpośredniości. Projektodawca wprost w ustawie umieszcza *ratio legis* przyjętego rozwiązania, które z samego założenia ma przyspieszać postępowanie. Dla zabezpieczenia tych regulacji słusznie wykreśla się od początku kontrowersyjny § 5 art. 170, który do tej pory służył głównie legitymizacji blokowania inicjatywy dowodowej stron pod pretekstem coraz szerzej rozumianej obstrukcji procesowej²⁴.

Uregulowanie postępowania dowodowego w instancji kontrolnej jest więc postępowe, lecz nie radykalne, gdyż nie prowadzi do przerzucenia ciężaru dowodowego na etap od-

²² M. Cios, W kierunku kontrydiktoryjności postępowania w sprawach o wykroczenia [w:] A. Świątowski, G. Bogdan (red.), *Prawo wykroczeń w perspektywie zmian*, Kraków 2011, s. 156.

²³ M. Żak, *op. cit.*, s. 52.

²⁴ Por. M. Wąsek-Wiaderek, *Oddalenie wniosku dowodowego zmierzającego w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania w polskiej procedurze karnej* [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 712; J. Izydorczyk, *Zasada prawdy a prekluzja dowodowa w polskim postępowaniu karnym odwoławczym* [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006, s. 283–288.

woławczy, co mogłoby udaremnić miarę dynamizacji procesu. Co jednak w sytuacji, gdy dopiero na etapie procedury wznowieniowej dojdzie do torpedowania wymiaru sprawiedliwości podstawą *propter nova*, a niebezpieczeństwo to jest realne, jeżeli przy ograniczonej inicjatywie dowodowej sądu, strona przyjmie taką taktykę obrony. Należy przy tym pamiętać, że w świetle art. 540 § 1 pkt 2 nowe fakty i dowody mają pozostawać nieznanne jedynie sądowi orzekającemu w sprawie, zatem strony mogą za pomocą nadzwyczajnego środka zaskarżenia na swój użytek manipulować znanym sobie – niewykorzystanym materiałem dowodowym. Wśród poszukiwania rozwiązań na powyższy problem można zaproponować, aby objąć prekluzją również *noviter reperta*, zacieśnić w ten sposób dopuszczalność wspomnianej podstawy, obejmującej takie nowe fakty i dowody, które nie były również uprzednio znane stronie i na które mogła powołać się wcześniej, zanim złożyła wniosek o wznowienie. Natychmiast rodzi się jednak refleksja o nadszarpniętych gwarancjach stron, które tym bardziej zostałyby zdyscyplinowane materialnym ciężarem dowodu na etapie instancyjnym. Nadałoby to z pewnością najbardziej nadużywanej przez strony podstawie wznowieniowej zgoła inny charakter, nie jak do tej pory – skrajnie rehabilitacyjny. Do porównywalnie podobnych skutków można dojść również przez zredefiniowanie, co rozumiemy przez określenie „dowód” i radykalnie odnieść się do zawężającej wykładni nowego dowodu jako środka dowodowego pochodzącego z nowego źródła, jak niegdyś uważał A. Kaftal²⁵. Czy jednak tak doraźne rozwiązania nie uderzą w dotarcie do prawdy materialnej? W tym celu znów musi dojść do wyważenia, czy udroźnienie procesu ma dokonywać się każdym kosztem?

W odniesieniu jeszcze do zaproponowanej redakcji art. 452 k.p.k., warto porównać co najmniej dwie inne wyłuszczone w piśmiennictwie propozycje, które z różnych względów nie zostały zaakceptowane²⁶. Pierwsze z rozwiązań przedstawia treść art. 452 w sposób następujący: „Sąd odwoławczy przeprowadza postępowanie dowodowe co do istoty sprawy w zakresie niezbędnym do wydania prawidłowego orzeczenia”. W powyższej redakcji powinno poddać się krytyce kilka założeń. Z jednej strony pozostawia się tutaj nadal zwrot niedookreślony (ocenny) – „postępowanie dowodowe co do istoty sprawy” i na dodatek dodaje się kolejny, jeszcze bardziej rozmyty termin: „w niezbędnym zakresie do wydania prawidłowego orzeczenia”. Już sam przymiotnik „prawidłowy” jest nadregulacją, gdyż w takim układzie można domniemywać, że niemożliwa jest konwalidacja wadliwego rozstrzygnięcia bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w drugiej instancji, a byłoby to dużym uproszczeniem. Co więcej, nieprecyzyjność określenia „w niezbędnym zakresie” może prowadzić nawet do przeprowadzenia postępowania dowodowego na nowo i w całości,

²⁵ A. Kaftal, *Kontrola prawomocnych orzeczeń w procesie karnym*, Warszawa 1971, s. 186-187.

²⁶ Zob. więcej: D. Wysocki, *Postępowanie apelacyjne w procesie karnym (uwagi de lege ferenda)*, PiP 2011/1, s. 31-32.

w granicach wykraczających poza przyjęte w pierwszej instancji. Podobnie i druga forma znowelizowania art. 452, zaprezentowana przez tego samego przedstawiciela doktryny („Uznając zasadność zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych lub obrazy przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na treść orzeczenia, jak również zasadność wniosku o przeprowadzenie nowych dowodów, sąd apelacyjny obowiązany jest przeprowadzić w odpowiednim zakresie postępowanie dowodowe co do istoty sprawy”), nie rezygnuje z wyrażenia ocennych: „w odpowiednim zakresie postępowania dowodowego co do istoty sprawy”, a ponadto wymienia katalog przesłanek wszczęcia postępowania dowodowego i instancji odwoławczej, powołując się na ustalenia, do których dochodzić może dopiero po uprzednim, bliższym poznaniu okoliczności faktycznych. Wobec tego i to rozwiązanie nie jest w stanie konkurować z najbardziej optymalną propozycją KKPK. W tym miejscu jednak wypada wskazać na pewną osobliwość projektu omawianego artykułu, który rezygnując ze sformułowania „w znacznej części”, rodzi wątpliwość, czy w razie konieczności przeprowadzenia przewodu na nowo, w znacznej części nie zatraci się racja potrzeby jedynie uzupełnienia postępowania dowodowego. W tym kontekście najwłaściwiej byłoby kierować się ujętą wprost przesłanką przyspieszenia postępowania, nawet gdy czynności nie prowadzą dosłownie do powtórzenia przewodu w całości.

Przy tym wypada ustosunkować się do wręcz rewolucyjnych założeń przygotowanego projektu w przedmiocie zawężenia granic rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy do granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Rozwiązanie to wpisuje się w szerszej niż do tej pory pojętą dyspozycyjność stron w procesie, która jest swoistą konsekwencją podążania w kierunku kontradyktoryjności, a co za tym idzie odstąpieniu od totalnej kontroli odwoławczej, gdyż ta nie sprzyjała transparentnej bądź co najmniej przewidywalnej pozycji oskarżonego w procesie oraz precyzji co do przedmiotu postępowania odwoławczego. Z całą pewnością zmiana ta wywrze pozytywny wpływ na skrócenie przewlekłości postępowania, pewność obrotu, czy w końcu potencjalne ograniczenie pociągających się podmiotów niefachowych, których zaczęnie wiązać rygor wskazania konkretnych zarzutów w środku odwoławczym. Nie zamyka to rzecz jasna drogi sądowej, ale limituje ją tam, gdzie była ona arbitralnie nadużywana poprzez dotychczasowe odformalizowanie skargi.

W świetle rozszerzenia uprawnień reformatoryjnych i dowodowych sądu odwoławczego, na aktualności zyskuje zagadnienie obecności na rozprawie oskarżonego pozbawionego wolności, mając na uwadze poszanowanie prawa do obrony, zasady równości broni i pełniejszej kontradyktoryjności. W odzewie na uapelacyjnienie procedury karnej podnoszone są intensywniej postulaty każdorazowego zarządzenia sprowadzenia oskarżonego, gdy ten o to wnioskuje, nawet gdy jego interesy procesowe zabezpiecza obrońca. Nie jest to pokłosiem tylko ostatnich projektów i nowelizacji, ale także i następstwem różnie interpretowanej, precedensowej sprawy *Belziuk p. Polsce*, która do tej pory dzieli środowisko

prawnicze²⁷. Dokonując interpretacji zaproponowanego brzemienia art. 451 k.p.k., można skłonić się do stanowiska, że wystarczająco zostają poszanowane gwarancje oskarżonego w postaci: poinformowania o przysługującym wniosku, obwarowania dopuszczalności jego złożenia terminem instrukcyjnym, uczynienia zasady sprowadzania oskarżonego na jego wniosek wraz z dopuszczeniem odstępstw, które sąd ocenia *ad casu* i wreszcie nałożenia na organy postępowania obowiązku wyznaczenia obrońcy z urzędu w razie negatywnego ustosunkowania się do wniosku oskarżonego nieposiadającego obrońcy z wyboru. Warto uściślić, że praktyka sądowa powinna pójść w kierunku każdorazowego sprowadzania oskarżonego, gdy są przeprowadzane w instancji odwoławczej nowe dowody, co do których oskarżony powinien mieć szanse ustosunkować się, poza niewątpliwie gwarancyjną obecnością obrońcy. Niemniej, bezwarunkowe sprowadzanie oskarżonego pozbawionego wolności, pomijawszy koszty i utrudnienia logistyczne, doprowadziłoby do spotęgowania zjawiska przewlekłości postępowania i udaremniło inne inicjatywy legislacyjne.

4. Zakończenie

Podjęta problematyka jest na tyle szeroka i pojemna, że nie sposób objąć i wyczerpać ją w ramach krótkiej jednostki redakcyjnej, jaką jest artykuł. Kwestie, które zostały poruszone, ujęto całościowo powinny skłaniać do przychylnego stanowiska wobec podjętej przez KKPK idei usprawniania postępowania karnego poprzez m.in. przemodelowanie postępowania odwoławczego. Od dawna podnoszono głosy ograniczenia stosowania instytucji przekazania do ponownego rozpoznania, która pomnaża niepotrzebnie czas rozpoznawania sprawy, gubiąc w tym efektywność i gwarancyjność dokonywanej kontroli orzeczenia. Należy mieć świadomość, że oprócz zaangażowania niepotrzebnie potencjału wymiaru sprawiedliwości obu instancji kilkakrotnie, dochodzi jednocześnie do krytycznego odbioru autorytetu sądownictwa jako niewydolnego, nieprzejrzystego, a co za tym idzie antygwarancyjnego. Szczególnego znaczenia nabierają powyższe zarzuty, gdy ponownemu rozpoznawaniu towarzyszy tasiemcowo przedłużane tymczasowe aresztowanie oskarżonego. Jak można przypuszczać, w obecnym modelu postępowanie odwoławcze, na pierwszy rzut oka krótkie, bo zasadniczo ograniczone do wypełnienia swoistego nadzoru

²⁷ Por. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 25 marca 1998 r., 45/1997/829/1035 w sprawie Belziuk p. Polsce*, Pał. 1998/7-8, s. 6; A. Wąsek, *Prawo oskarżonego pozbawionego wolności do udziału w rozprawie odwoławczej* [w:] A. Gaberle, S. Waltoś (red.), *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody*, Kraków 2000, s. 129; Z. Kwiatkowski, *Prawo oskarżonego pozbawionego wolności do rzetelnego procesu przed sądem odwoławczym* [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 586 i n.; J. Izydorczyk, *Prawo do...*, s. 967.

judykacyjnego, w ogólnym rozrachunku wydłuża proces do tego stopnia, aby została zatracona racja rzeczywistej obrony, a w dłuższej perspektywie i zasada bezpośredniości, której na pozór miały służyć dotychczasowe uregulowania. Urealnieniu wypełniania przez sąd kompetencji reformatoryjnych ma służyć wyjątkowe – uzupełniające postępowanie dowodowe, które nie uderzając w żadnym razie w dwuinstancyjność, pozwala czynić kontrolę odwoławczą efektywną i wymierną dla podmiotu, który ją wskrzesza. Aktualna inicjatywa legislacyjna jest słuszna i pożyteczna, co nie kłóci się z krytyką czy powściągliwością co do poszczególnych jej rozwiązań.

Systemy DRM a dozwolony użytek – propozycje zmian

1. Wprowadzenie

Rozwój technologiczny wywiera ogromny wpływ na kształt regulacji prawnych. Ustawodawca wprowadza coraz to nowe rozwiązania związane z nieustannie zachodzącymi zmianami w celu dostosowania istniejących już regulacji³.

Jednym z ciekawszych zagadnień związanych z ochroną praw autorskich twórców, w czasie takich zmian, są systemy DRM – *Digital Right Management*⁴.

2. Przedmiot regulacji

Systemy DRM możemy określić jako wszelkiego rodzaju zabezpieczenia techniczne oraz informacje służące zarządzaniu prawami autorskimi w odniesieniu do prac, które przybierają postać zdigitalizowaną⁵. Systemy DRM mogą obejmować szeroki zakres środków technicznych kontroli. Najpopularniejszym z występujących ograniczeń jest uniemożliwienie kopiowania dzieła objętego systemem DRM lub ograniczenie sposobu, w jaki to dzieło może być

^{1*} Autor jest doktorantem na WPiA UJ.

^{2**} Autor jest absolwentem prawa na WPiA UJ.

³ Por. A. Kopf, *Wpływ postępu techniki na prawo autorskie*, ZNUJ 1988, nr 48, s. 7 i n.

⁴ (ang.) Cyfrowe zarządzanie prawami.

⁵ K. Gienas, *Systemy Digital Right Management w świetle prawa autorskiego*, Warszawa 2008, s. 39 i n.

odtworzone lub oglądane. Za główny cel systemów DRM należy więc uznać ograniczenie oraz wprowadzenie kontroli dostępu do prac chronionych prawami autorskimi⁶. Systemy DRM mogą mieć postać oprogramowania lub sprzętu znajdującego się w komputerze osobistym lub serwerze, z którym ten komputer łączy się przez Internet, wprowadzając wspomniane wyżej ograniczenia w cyfrowym środowisku. Stosowanie tych systemów znacząco ułatwia lub wręcz umożliwia dystrybucję utworów w obrocie elektronicznym.

Najważniejszym elementem warunkującym możliwość zastosowania systemu DRM jest digitalizacja⁷, czyli przekształcenie dóbr niematerialnych w formę wyrażenia, dzięki której możliwa jest eksploatacja utworu za pomocą komputera. Nie należy tu łączyć digitalizacji z powstawaniem nowego utworu. Jest to jedynie kolejna nowa forma jego wyrażenia – jest to więc ten sam utwór⁸.

Zarówno literatura, jak i ustawodawstwo wprowadza szereg podziałów systemów DRM. Koelman i Helberger dzielą systemy DRM ze względu na cel zabezpieczeń na:

- chroniące dostęp do pracy,
- kontrolujące podejmowanie konkretnych czynności przez użytkowników,
- zabezpieczające integralność utworu,
- analizujące i śledzące wykorzystanie utworu⁹.

Z kolei europejskie prawo rozróżnia:

- system zarządzania prawami do zasobów cyfrowych (ang. DRM): wszelkie wbudowane informacje na temat utworu lub warunków jego wykorzystania,
- technologiczne środki ochrony (ang. *technological protection measures* – TPM): wszelkie technologie, urządzenia lub komponenty mające zapobiec działaniom, na które nie zezwala właściciel praw do utworu lub je ograniczyć.

Niebagatelny wpływ na uregulowania zastosowane w polskim prawie autorskim posiadają dyrektywy:

- dyrektywa EUCD (2001/29)¹⁰ wprowadzająca samo zarządzanie prawami autorskimi (DRM). DRM jest elementem sprzętowym lub programem instalowanym przez dysponenta prawa autorskiego w komputerze lub innym programowalnym sprzęcie odbiorcy;

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, s. 16.

⁸ J. Barta, R. Markiewicz (w:) J. Barta, R. Markiewicz, *Internet, a prawo*, Kraków 1998, s. 112.

⁹ K. Koelman, N. Helberger, *Protection of technological measures*, raport Institute for Information Law, Amsterdam 1998, s. 2-4 cyt. [w:] K. Gienas, *Systemy Digital Right Management w świetle prawa autorskiego*, Warszawa 2008, s. 45 i n. por. również L. Guibault, N. Helberger, *Consumer protection and Copyright law*, Bruksela 2005, s. 9 i n., <http://www.ivir.nl/publications/other/copyrightlawconsumerprotection.pdf>, 15.11.2011.

¹⁰ Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, EUR-Lex-32001L0029.

- dyrektywa IPRED1 (2004/48)¹¹ kwalifikująca osoby usuwające DRM, a nawet mające możliwość usuwania DRM (w komputerze posiadają zdolne do tego oprogramowanie) do tej samej grupy, co zorganizowaną przestępczość¹²;
- dyrektywa IPRED2 dodatkowo nakazuje te domniemane przestępstwa ścigać z urzędu¹³;
- unijna dyrektywa w sprawie praw autorskich w społeczeństwie informacyjnym zabrania wszelkiego celowego obchodzenia zabezpieczeń TPM oraz wszelkiego obrotu urządzeniami umożliwiającymi obchodzenie tych zabezpieczeń – wytwarzanie, import, dystrybucja, sprzedaż, wynajem lub reklamowanie oraz posiadanie w celach komercyjnych.

3. Kontrowersje związane z systemami DRM

Warto zauważyć, że wspomniane wyżej zmiany odbierają użytkownikom ich dotychczasowe prawa poprzez ograniczenie stosowania w praktyce tzw. dozwolonego użytku osobistego. Szczególnie wyraźne jest to w związku z zasadą wyczerpania praw wyłącznych, wprowadzającą równowagę między prawami konsumentów a prawami dysponentów praw autorskich. Zasada ta pozwala m.in. na takie czynności jak odsprzedaż książki czy płyty CD, tworzy tym samym wtórny rynek takich dóbr¹⁴. W związku ze zmianą sposobu postępowania przy utworach zdigitalizowanych model ten zastępowany jest procedurą, w ramach której opłaty za poszczególne użycie stają się dominującym, a nawet jedynym sposobem dla rozpowszechniania utworów poprzez wprowadzenie zabezpieczeń uniemożliwiających samodzielną edycję, wykorzystanie fragmentów np. bez konieczności ręcznego kopiowania treści. Wymienione sposoby kontroli użycia mogą utrudniać działanie bibliotekom, placówkom naukowym, muzeom i innym instytucjom kulturalnym, a także szkołom poprzez umożliwianie społeczeństwu trwałego dostępu do wiedzy i dóbr kultury. Argumenty te podnoszone są zwłaszcza w oddolnych obywatelskich inicjatywach mających na celu zahamowanie tego niekorzystnego, szczególnie z punktu widzenia konsumentów procesu.

Najważniejszym problemem, jaki niesie za sobą stosowanie uregulowań dotyczących systemów DRM, jest w naszej opinii kwestia dozwolonego użytku, którą omówimy w związku z uregulowaniami polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Ograniczenia, o których była mowa na wstępie, w swojej istocie mające chronić majątkowe prawa autorskie poprzez zastosowanie ich na legalnie nabywanych egzemplarzach,

¹¹ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, EUR-Lex-32004L0048R(01).

¹² Por. środki tymczasowe i zabezpieczające określone w art. 9 powyższej dyrektywy.

¹³ Propozycja została wycofana – The EU directive on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights, Eur-Lex 52005PC0276(01).

¹⁴ A. Matlak, *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, Kraków 2004, s. 55.

uderzają w ich nabywców. Osoby, które legalnie zakupiły muzykę czy film, mogą utrudnić korzystanie z nich na wiele sposobów, a sam skrót DRM tłumaczony jest przez antagonistów jako *Digital Restrictions Management*, czyli cyfrowe zarządzanie restrykcjami.

Oczywiście systemy DRM da się zazwyczaj łatwiej czy trudniej obejść i wykonać kopię pozbawioną tych zabezpieczeń. Jednak zgodnie z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁵ obchodzenie zabezpieczeń przed kopiowaniem jest nielegalne. Co więcej art. 118¹ ust. 2 pr.aut. wprowadza odpowiedzialność karną za przechowywanie, posiadanie lub wykorzystanie urządzeń służących do obchodzenia technicznych zabezpieczeń zdefiniowanych w ust. 1 powołanego artykułu. Odesłanie do definicji nie rozwiązuje jednak problemu, tylko powoduje następną niejasność, ponieważ definicja urządzenia lub ich komponentów przeznaczonych do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia skutecznych technicznych zabezpieczeń przed odtwarzaniem, przegrywaniem lub zwielokrotnianiem utworów lub przedmiotów praw pokrewnych nie obejmuje programów komputerowych¹⁶. A to właśnie wyspecjalizowane programy komputerowe mogłyby zostać wskazane jako mogące posłużyć do wspomnianych w art. 118¹ pr.aut. czynności. Z drugiej strony definicja jest zbyt szeroka, ponieważ dla informatyka zabronionym do posiadania środkiem może być zwykły komputer osobisty, a w odwołaniu do ust. 2 omawianego przepisu samo już posiadanie takiego „niebezpiecznego” dla praw majątkowych urządzenia może skutkować karą grzywny, ograniczenia lub pozbawienia wolności na okres do jednego roku. Nikt oczywiście nie zamierza egzekwować wspomnianej kary we wskazanym przykładzie, który w sposób dobitny wskazuje niedoskonałość tego przepisu.

Z drugiej strony, przepisy prawa autorskiego gwarantują posiadaczowi dowolnego utworu prawo do wykonania kopii na tzw. użytek własny, czyli dla siebie, rodziny i znajomych. Dochodzi zatem do kolejnej sprzeczności w jednej tylko ustawie. Z jednej strony mamy zagwarantowane przez ustawę prawo do wykonania kopii np. zakupionego filmu, ale z drugiej strony art. 118¹ pr.aut. zakazuje skorzystania z tego prawa w pośredni sposób, poprzez zakaz obchodzenia zabezpieczeń zastosowanych przez producenta. Warto zauważyć, że ustawa nie przewiduje konsekwencji karnych dla producenta za uniemożliwienie klientowi wykonania kopii – prawo to okazuje się prawem iluzorycznym szczególnie w porównaniu z konsekwencjami, jakie grożą za naruszenie zabezpieczeń.

¹⁵ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 1994, Nr 24, poz. 83 z późn. zm.).

¹⁶ Wspomniany przepis wskazuje bowiem na „urządzenia lub ich komponenty”, czyli do przedmiotów o charakterze materialnym, ze względu zaś na karnoprawny charakter nie może on być interpretowany rozszerzająco.

4. Propozycje pogodzenia regulacji dotyczących systemów DRM ze słusznymi interesami konsumentów

W związku z przedstawionym problemem warto zastanowić się, jakie istnieją możliwości dla uniknięcia wskazanych wyżej niespójności w systemie prawa autorskiego.

Po pierwsze należy zauważyć, że nie wszystkie systemy DRM uniemożliwiają dokonanie kopii. Mogą one również ograniczać jakość sporządzonej kopii w stosunku do oryginału – stosowanie wspomnianych systemów w naszej opinii jest zgodne z zasadą dozwolonego użytku, ponieważ prawo autorskie daje użytkownikowi prawo do sporządzenia kopii, nie wspominając o jakości tej kopii. Należy jednak zauważyć, że nadużyciem byłoby umożliwienie sporządzenia jedynie takiej kopii uniemożliwiającej normalne korzystanie z utworu zgodnie z jego celem (np. kopia książki w PDF – z brakującymi wyrazami wyciętymi w wybranych losowo wersach).

Kolejną propozycją umożliwiającą nabywcom legalnych egzemplarzy dzieł do wykorzystania ich praw mogłoby być pozostawienie zabezpieczeń DRM w stosowanym kształcie z jednoczesnym wprowadzeniem możliwości wykonania przez dystrybutora kopii w zakresie dozwolonego użytku. Zaletą powyższej propozycji jest z pewnością ochrona praw majątkowych producentów przy jednoczesnym poszanowaniu praw nabywców. Niezaprzeczalną wadą byłby problem mogący się pojawić na gruncie zastosowania art. 23 ust. 2 pr aut. i prawach pokrewnych co do ustalenia kręgu osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego. Naszym zdaniem najpewniejszym rozwiązaniem wydawałoby się wprowadzenie możliwości wykonania przez producenta określonej ilości kopii w odniesieniu do konkretnego egzemplarza utworu. Każdorazowe rozważanie bowiem, czy osoba, dla której przeznaczona jest kopia, pozostaje w zakresie podmiotowym z art. 23 ust. 2 wspomnianej ustawy byłoby niemożliwe. Przy zaproponowanym rozwiązaniu aktualne pozostają rozważania z pierwszej propozycji dotyczące jakości wykonanych kopii.

Po trzecie należy zauważyć, że stosowane ograniczenia często dotyczą placówek kulturalnych takich jak biblioteki lub muzea – tu w związku z możliwością identyfikacji poszczególnych nabywców rozwiązanie wydaje się o tyle prostsze, że producenci mogliby na potrzeby tych podmiotów przekazywać utwory pozbawione zabezpieczeń¹⁷.

Ostatnie z możliwych do zaproponowania rozwiązań jest z pewnością najbardziej kontrowersyjne. Omawiane wyżej przykłady i ograniczenia w większej części znajdują zastosowanie w stosunku do relacji przedsiębiorca – konsument. Stosując konstrukcję niedozwo-

¹⁷ T. Maillard, T. Furon, *Towards digital rights and exemptions managment systems*, Computer Law and Security Report 2004, vol. 20, nr 4, s. 283.

lonych klauzul umownych¹⁸, można by z pewnością uznać, że jednostronne wprowadzenie przez przedsiębiorcę ograniczeń w korzystaniu z ustawowego prawa jest kształtowaniem praw i obowiązków w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszający interesy konsumenta, a tym samym zgodnie z art. 385¹ k.c. konsument nie jest nim związany. Oczywiście cały czas do rozwiązania pozostałaby kwestia uprawnień konsumenta do zdjęcia zabezpieczenia nałożonego niezgodnie z treścią art. 23 pr.aut. i praw pokrewnych, a na którego straży stoi art. 118¹ tejże ustawy¹⁹. W naszej opinii najrozsądniejszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie wyłączenia odpowiedzialności w tym artykule w przypadku, gdy mamy do czynienia z podmiotem korzystającym ze swojego ustawowego prawa. Oczywiście tak przyjęte rozwiązanie z pewnością zwiększyłoby ryzyko obejścia ochrony praw producentów, wymagałoby jednak mniejszych nakładów finansowych odnośnie samej infrastruktury zaproponowanej w naszej drugiej propozycji.

5. Podsumowanie

Podsumowując nasze rozwiązania, chcieliśmy zauważyć, że dylematy dotyczące wyważania interesów producentów i konsumentów nie są zjawiskiem nowym, a problemy związane z dozwolonym użytkowaniem w tym kontekście również występują powszechnie. Próbę zastosowania ostatniej ze wspomnianych propozycji podjął H. Anderson z Danii, który wskazał na paradoks tamtejszych przepisów prawnoautorskich²⁰ – prawo zezwala na kopiowanie filmów i muzyki w ramach dozwolonego użytku, ale jednak zabrania przełamывania zabezpieczeń – i przeprowadził prowokację. Poinformował organizację zrzeszającą producentów audio-wideo, że ponad stokrotnie przełamał zabezpieczenia płyt, a gdy organizacja nie zareagowała – złożył na siebie doniesienie o popełnieniu przestępstwa. W wyniku przeprowadzonych działań organizacja wyraziła stanowisko, że można przełamywać zabezpieczenia, jeśli chce się skorzystać z praw związanych z dozwolonym użytkowaniem osobistym. Trzeba jednak podkreślić, że zdroworozsądkowa opinia duńskiej organizacji producentów audio-wideo w żadnym wypadku nie jest prawem, wydaje się jednak wskazywać bezsens nadużywania ograniczeń, które przy obecnym rozwoju technologicznym mogą nie tylko wspomagać, ale wręcz eliminować z czasem postanowienia zawarte w prawie autorskim. Dlatego wprowadzenie któregoś z zaproponowanych przez nas rozwiązań oraz redakcja obowiązujących przepisów polskiego prawa dotyczącego systemów DRM wydaje się być niezbędną.

¹⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964, Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

¹⁹ K. Gienias, *op. cit.*, s. 223 i n. – rozważania dotyczące tzw. *right to hack*.

²⁰ <http://torrentfreak.com/anti-piracy-group-responds-to-media-not-drm-breaker-091107/>, 21.11.2011.

„Czy polskie uczelnie będą musiały zwrócić przyznane im dotacje”?

Unijne prawo pomocy państwa a system finansowania szkół wyższych w Polsce

1. Wstęp

Zgodnie z zasadą lojalnej współpracy „Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów”. Zasada ta, wyrażona wprost w Traktacie², wymaga od państw członkowskich konkretnych przedsięwzięć, w tym powstrzymania się od zachowań mogących podważyć system zapewniający niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym.

Rynek wewnętrzny opiera się na zasadzie „niezakłóconej konkurencji”, która oznacza istnienie rywalizacji między przedsiębiorcami, przy założeniu, że każdy z nich ma równe szanse. Jednakże zdarza się, że państwo, które ma obowiązek czuwać nad zachowaniem równych szans dla wszystkich uczestników wolnego rynku, nie ogranicza się jedynie do ustalania zasad i reguł, lecz wspierania niektórych przedsiębiorców³. W Unii Europejskiej

^{1*} Doktorantka I roku w Katedrze Prawa Europejskiego na WPiA UJ, aplikantka adwokacka przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Krakowie.

² Art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) opublikowanego w Dz. Urz. UE 2008 C 115, uwzględniający zmiany wprowadzone przez protokół o sprostowaniu do Traktatu z Lizbony (Dz. Urz. UE 2009 C 290): „Zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów”.

³ S. Dudzik, *Wspólnotowa regulacja pomocy państwa dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym* [w:] *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej*, red. C. Banasiński, Warszawa 2005, s. 213.

zasadniczo obowiązuje zakaz udzielenia pomocy publicznej, bowiem ustawodawca unijny stoi na stanowisku, iż taka forma selektywnego wsparcia, mająca wpływ na rynek wewnętrzny, stawia te podmioty w pozycji uprzywilejowanej względem tych, którzy tej pomocy nie otrzymali.

Głównym przedmiotem rozważań będą prawne aspekty finansowania szkół wyższych w kontekście przepisów o pomocy publicznej, przede wszystkim odpowiedź na podstawowe pytanie, czy uczelnie państwowe mogą być uznane za przedsiębiorstwa, które podlegają przepisom Traktatu dotyczącym unijnych reguł konkurencji. Jeśli odpowiedź na powyższe pytanie będzie twierdząca, to pozostaje do rozważenia kolejny aspekt – jeśli szkoły wyższe prowadzą działalność gospodarczą, to czy przyznawane im dotacje stanowią niedozwoloną pomoc publiczną?

Sfera edukacji i badań naukowych należy w zasadzie do kompetencji państw członkowskich. Nie oznacza to jednak, że sfera ta jest całkowicie wyłączona spod przepisów Traktatu. Ustawodawca unijny nakłada na kraje Unii Europejskiej obowiązek określenia źródeł finansowania szkół wyższych, a także określenia zasad finansowania tych środków, w tym reguł kontroli i nadzoru gospodarki finansowej prowadzonej przez uczelnie państwowe⁴.

Ponadto, jeśli uczelnie państwowe potraktowane zostaną na równi z przedsiębiorstwami, to staną się one również adresatami przepisów Unii Europejskiej dotyczących pomocy państwa, w tym obowiązku uprzedniej notyfikacji Komisji Europejskiej wszelkich planów przyznania określonego wsparcia. W tym aspekcie, próba zdefiniowania pojęcia „przedsiębiorstwa” ma jeszcze większe znaczenie.

2. Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie Unii Europejskiej

Polskie przepisy zawierają definicję legalną pojęcia „przedsiębiorstwa”, jednakże rozpatrując problem finansowania polskich uczelni w kontekście unijnych przepisów dotyczących pomocy publicznej, należy szukać definicji pojęcia „przedsiębiorstwa” w prawie unijnym.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w ogóle nie zawiera definicji tego pojęcia. Jedynym podmiotem, który może dokonać wykładni pojęcia „przedsiębiorstwa” jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Za pomocą swoich orzeczeń Trybunał, każdorazowo badając daną sprawę, wskazuje poprawne rozumienie tego terminu.

Przypatrując się bliżej orzeczeniom Trybunału, stwierdzić należy, że „przedsiębiorstwo” według prawa Unii Europejskiej nie wymaga dla swojego zdefiniowania skomplikowanych i sformalizowanych określeń ani specjalnych procedur. Wręcz przeciwnie – twórcy traktatów

⁴ S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 12.

posłużyli się w tym miejscu określeniem pochodzącym z języka potocznego. Określając pojęcie „przedsiębiorstwa”, wskazać należy zespół cech składających się na szeroko rozumianą aktywność czy też przedsięwzięcie.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C-237/04 *Enirisorse*⁵ wskazał, że pojęcie „przedsiębiorstwa” obejmuje „każdą jednostkę organizacyjną wykonującą działalność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania”. Wynika z tego, że ustawodawca unijny przyjął niezwykle szeroką definicję tego pojęcia, a tym samym stworzył unijnym instytucjom znaczny margines swobody interpretacyjnej, pozwalającej w sposób dyskrecyjny włączyć w zakres zastosowania przepisów Unii Europejskiej różnego rodzaju podmioty. Ponadto, przyjęcie takiej właśnie definicji pozwala podkreślić autonomiczność terminu: „przedsiębiorcy w prawie Unii Europejskiej”. Dzięki temu nie mają znaczenia żadne konotacje wynikające z prawa stanowionego poszczególnych państw członkowskich.

Zgodnie z prawem Unii Europejskiej, nie ma znaczenia własnościowy i prawny status przedsiębiorstwa. W związku z tym, bez znaczenia pozostaje, czy dana jednostka organizacyjna została utworzona i funkcjonuje na podstawie prawa prywatnego czy też na podstawie prawa publicznego oraz jaki konkretny status formalnoprawny przyznaje jej prawo krajowe. Za przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej uznane zostały również fundacje publiczne otrzymujące środki z budżetu państwa. Dla ustawodawcy unijnego znaczenie będzie mieć charakter prowadzonej przez te podmioty działalności. Według Trybunału Sprawiedliwości, wykonywanie działalności gospodarczej polega na: „każdej działalności polegającej na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku”.

W związku z tym, aby móc wskazać, czy szkoły wyższe są przedsiębiorstwami, należy rozważyć, czy w istocie prowadzą one działalność o charakterze gospodarczym.

3. Uczelnie państwowe – przedsiębiorstwami

Jak już wcześniej wspomniano, by móc w ogóle podjąć rozważania na temat, czy uczelnie państwowe mogą zostać uznane przez Komisję Europejską za beneficjentów niedozwolonej pomocy publicznej, w pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czy te podmioty są w istocie „przedsiębiorstwami”. Czy zatem prowadzona przez szkoły wyższe działalność dydaktyczna i badawcza jest działalnością gospodarczą? Prawo Unii Europejskiej, jak już zostało to wcześniej omówione, nie daje klarownej i precyzyjnej odpowiedzi, co można do takiej działalności zakwalifikować. Wiadomym jest jednak, że szeroka

⁵ *Enirisorse*, Case C-237/04, [2006] ECR I-2843 [Tribunale di Cagliari (Italy)].

definicja pojęcia „przedsiębiorcy”, jaką uznaje i stosuje ustawodawca unijny zmusza państwa członkowskie i Komisję Europejską do każdorazowej analizy, czy aktywność danego podmiotu jest działalnością gospodarczą, a więc czy to do niego są adresowane przepisy prawa unijnego.

Prawo krajowe nie pozostawia wątpliwości, uznając iż prowadzenie przez uczelnię działalności dydaktycznej, naukowej, badawczej, doświadczalnej, artystycznej, sportowej, diagnostycznej, rehabilitacyjnej lub leczniczej nie stanowi działalności gospodarczej w rozumieniu Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807). Jednakże decydujące znaczenie ma tutaj definicja wynikająca przede wszystkim z prawa Unii Europejskiej, a nie z prawa krajowego. Skoro (zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej), działalnością gospodarczą jest „oferowanie produktów lub usług na rynku”, to nie jest już łatwo zaliczyć działalność uczelni państwowych jako w całości będącej poza zakresem pojęcia „gospodarczej”.

Problem pojawia się z zakwalifikowaniem uczelni państwowych jako podmiotów podlegającym przepisom wspólnych reguł konkurencji. Przez wiele lat to głównie szkoły prywatne oferowały swoim studentom odpłatne usługi edukacyjne. W ostatnim czasie zaobserwować można jednak tendencję uzyskiwania przez uczelnie publiczne dochodów pozabudżetowych. Obecnie szkoły wyższe prowadzą szereg różnego rodzaju działalności, które bez wątpienia można zaliczyć do „działalności gospodarczej”. Wystarczy wymienić niektóre z nich, przykładowo: świadczenie usługi wydawniczej i tłumaczeniowej, wynajem sal, pokoi, hoteli (domów studenckich), organizacja konferencji, szkoleń, prowadzenie fitnessu, odnowy biologicznej, basenu, siłowni czy innej infrastruktury sportowo-rekreacyjnej. Do tego zaliczyć można prowadzenie przez uczelnie stołówek, bufetów czy lokali gastronomicznych, a także pobieranie przez uczelnie dodatkowych opłat za powtarzanie przedmiotu, warunków, dodatkowe godziny lektoratu z języka obcego itp.

Wydaje się jednak, że nie jest to wystarczające, by móc precyzyjnie stwierdzić, iż uczelnie państwowe są w istocie przedsiębiorstwami, a więc podlegają pod przepisy prawa unijnego. Wciąż pojawia się problem i wątpliwość, czy daną aktywność uczelni można scharakteryzować jako „działalność gospodarczą”. Wiele tych kwestii mogło zostać wyjaśnionych dzięki opublikowaniu przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego Zaleceń nr 2/2009 Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym „Infrastruktura i Środowisko” w sprawie sposobu oceny ryzyka występowania w projektach w priorytecie XIII pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz postępowania w takich sytuacjach. Warto jednak dodać, iż fakt wydania takiego zalecenia przez krajowe Ministerstwo nie przesądza jednak o tym, że Komisja Europejska uzna taki sposób wykładni prawa za wiążący. W związku z tym, materiał ten posłużyć może jedynie jako pewien odnośnik do poprzednich stanowisk przyjętych przez Komisję. Jednakże wcześniejsze decyzje Komisji wydane były w oparciu o konkretny stan faktyczny, a więc wyda-

ne były w indywidualnych przypadkach. W związku z tym, stosowanie analogii do tych decyzji w odniesieniu do innych stanów faktycznych winno następować ze szczególną ostrożnością.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 porozumienia z dnia 11 kwietnia 2008 r. w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko”⁶ dla osi priorytetowej XIII – Infrastruktura szkolnictwa wyższego pomiędzy Ministrem Rozwoju Regionalnego a Ministrem Nauki i Szkolnictwa Wyższego przedstawiono następujące zalecenia Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko (PO IiŚ) dla Instytucji Pośredniczącej i Instytucji Wdrażającej dotyczące sposobu oceny występowania w projektach w ww. priorytecie pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz postępowania w takich sytuacjach. Przede wszystkim Ministerstwo Rozwoju Regionalnego oparło się o postanowienia decyzji Komisji Europejskiej dotyczące pomocy publicznej w sektorze szkolnictwa. Zgodnie z postanowieniami decyzji Komisji Europejskiej C(2005) 429 z dnia 2 marca 2005 r. w sprawie programu pomocy realizowanego przez Włochy w celu restrukturyzacji instytucji zajmujących się kształceniem zawodowym pomocą publiczną jest pomoc udzielona szkole, która:

- a. zapewnia pojedynczym obywatelom dostęp do instytucjonalnych usług oświatowych nastawionych na realizację celów społecznych w ramach publicznego systemu oświaty, finansowanych przez państwo lub regiony i jednocześnie faktycznie świadczy lub ma możliwość świadczenia usług rynkowych w sektorze kształcenia zawodowego zarówno na rzecz firm i ich pracowników, jak i pojedynczych obywateli, traktując wszystkich jako klientów i pobierając od nich opłaty według obowiązujących na rynku stawek przedsiębiorcy. Pomoc publiczna nie występuje w zakresie, w jakim udzielone wsparcie finansuje wyłącznie usługi świadczone w ramach publicznego systemu oświaty – warunkiem jest prowadzenie oddzielnej rachunkowości dla obu ww. obszarów działania;
- b. prowadzi działalność przynajmniej na poziomie regionalnym lub ponadregionalnym (ogólnokrajowym), charakteryzującą się dużym obrotem handlowym, który przypuszczalnie pozwala na pokonywanie przeszkód ograniczających rozpowszechnianie oferty usług w dziedzinie kształcenia zawodowego na rynku wewnętrznym (zakłócanie konkurencji i wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi);
- c. prowadzi działalność na poziomie ponadnarodowym, np. jako partner w sieci międzynarodowej zrzeszającej podmioty, których celem jest dzielenie się wiedzą, analiza porównawcza, współpraca przy projektach unijnych, rozwój specyficznych segmentów rynku na potrzeby handlu elektronicznego i kształcenia on-line (zakłócanie konkurencji i wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi).

⁶ Dostępny w Internecie: http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/zalecenia_nr_14_PPP_210311.pdf, 11.01.2012.

Zgodnie z postanowieniami decyzji Komisji Europejskiej C(2006)5228 z dnia 8 listopada 2006 r. w sprawie State aid NN54/2006 – Czech Republic Přerov logistics College⁷ pomocą publiczną nie jest pomoc udzielona szkole wyższej, która:

działa w ramach krajowego systemu edukacji na podstawie pozwolenia Ministerstwa Edukacji w zakresie wyznaczonym przez zatwierdzony przez państwo program nauczania i jednocześnie nie może prowadzić żadnego innego rodzaju działalności niezwiązanego z jego głównymi zadaniami, osiągnęte zyski może przeznaczać jedynie na działalność statutową i nie może przeznaczać ich na wypłaty dla założycieli, co sprawia, że nie prowadzi działalności zarobkowej, a jej celem nie jest odpłatne świadczenie usług, co nie uniemożliwia pobierania opłat za naukę od studentów, prowadzi działalność w wymiarze lokalnym albo regionalnym, co oznacza, że świadczy usługi edukacyjne na rzecz małej grupy studentów w miejscu zlokalizowanym z dala od granicy państwa, głównie w języku państwa, w którym prowadzi działalność (brak wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi), nie jest w stanie zachęcić studentów z innych państw członkowskich do podjęcia studiów przez nią oferowanych, zamiast studiów w innych państwach członkowskich (brak wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi)⁸.

W tym względzie przyjąć należy, że oceniając przesłanki wskazane w powyższej decyzji, aby mówić o prowadzeniu przez uczelnię działalności gospodarczej, należy wziąć pod uwagę takie elementy jak: wielkość uczelni, jej lokalizacja, języki, w których prowadzone są zajęcia na uczelni, a także, czy na jej terenie przebywają zagraniczni studenci, którzy pobierają na niej naukę.

W przypadku uczelni publicznych nieprowadzących działalności komercyjnej pomoc publiczna nie wystąpi. Przez działalność niekomercyjną (pozostającą w ramach publicznego systemu edukacji) należy uznać również prowadzenie przez uczelnie publiczne niestacjonarnych studiów odpłatnych w zakresie i na zasadach wynikających z obowiązujących przepisów, w szczególności zgodnie z art. 99 ust. 2 i 163 ust. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 164, poz. 1365, z późn. zm.) Przez działalność komercyjną w omawianym zakresie należy rozumieć w szczególności świadczenie usług poza publicznym systemem edukacji (np. wynajem sal konferencyjnych, prowadzenie kawiarni, restauracji, sklepów lub wynajem powierzchni obiektu w celach komercyjnych, prowadzenie badań naukowych na zlecenie przedsiębiorców itp.).

⁷ Dostępny w Internecie: http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/zalecenia_nr_14_PPP_210311.pdf, 11.01.2012.

⁸ Zalecenia Nr 2/2009 Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym „Infrastruktura i Środowisko” w sprawie sposobu oceny występowania w projektach w priorytecie XIII pomocy publicznej w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) oraz postępowania w takich sytuacjach, http://www.pois.gov.pl/Dokumenty/Wzorydokumentow/Documents/20091105_zalecenia_IzPOIS_szkolnictwo_wyzsze_PP.pdf, 4.11.2011.

W związku z tym, pojawia się uzasadniona wątpliwość, czy aktywność, którą wykonują państwowe uczelnie, można zaliczyć do klasycznego wykonywania działalności gospodarczej. Wspomniane postanowienia decyzji Komisji Europejskiej dają jedynie wskazówkę, pewien wyznacznik, na podstawie którego można uznać, czy daną uczelnię można nazwać przedsiębiorstwem. Nie można jednakże w sposób jednoznaczny i precyzyjny odpowiedzieć na pytanie, czy szkoły wyższe w Polsce prowadzą działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów prawa unijnego, a w konsekwencji czy są one adresatami norm Traktatu dotyczących prawa konkurencji w Unii Europejskiej.

W tym przypadku Komisja Europejska lub państwo członkowskie (przed dokonywaniem notyfikacji Komisji Europejskiej) w sposób indywidualny i każdorazowy winno ocenić, czy aktywność prowadzona przez daną uczelnię jest w istocie działalnością komercyjną. Kwestia ta może nastroczać pewne wątpliwości, zwłaszcza jeśli chodzi o ustalenie jednolitego kryterium kwalifikowania szkół wyższych jako przedsiębiorstwa. W związku z tym, zadaniem ustawodawcy unijnego powinno być stworzenie precyzyjnych przesłanek, pozwalających jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, czy państwowe uczelnie mogą zostać uznane za przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów prawa Unii Europejskiej.

4. Finansowanie przez państwo szkół wyższych a niedozwolona pomoc publiczna z art. 107 ust. 1 TFUE

Zanim zostanie udzielona odpowiedź na pytanie, czy finansowanie szkół wyższych przez państwo członkowskie może zostać potraktowane jako niedozwolona pomoc publiczna, warto wskazać, czym tak naprawdę jest pomoc państwa i jakie ma znaczenie przy zagwarantowaniu niezakłóconej konkurencji między krajami Unii Europejskiej.

Prawo Unii Europejskiej zawiera traktatową definicję „pomocy niezgodnej z rynkiem wewnętrznym”. W świetle przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 107 ust. 1) uznać należy, że prawo unijne za niedozwoloną pomoc uważa taką pomoc, która jest przyznawana z zasobów państwowych oraz sprzyja niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji pewnych dóbr (musi występować tzw. selektywność pomocy). Ponadto niezbędnym jest, aby pomoc ta zakłócała lub przynajmniej groziła zakłóceniem oraz wpływała bądź mogła wpływać na handel między państwami członkowskimi w Unii Europejskiej.

Pierwszy problem może pojawić się przy rozumieniu pojęcia „pomoc”. Sam art. 107 ust. 1 TFUE⁹ wprawdzie wspomina o „pomocy”, jednakże w żaden sposób nie definiuje tego pojęcia. Zgodnie z poglądem S. Dudzika „pomoc publiczna” to:

⁹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej opublikowany w Dz.Urz. UE 2008 C 115, uwzględniający zmiany wprowadzone przez protokół o sprostowaniu do Traktatu z Lizbony (Dz.Urz. UE 2009 C 290).

każde świadczenie na rzecz przedsiębiorstwa pochodzące od państwa lub ze źródeł państwowych (zwiększające przy tym wydatki lub zmniejszające przychody państwa), które przynosi temu przedsiębiorstwu korzyść, jakiej nie mogłoby uzyskać w ramach normalnej działalności gospodarczej. Ujęcie to pozwala na rozgraniczenie roli państwa jako inwestora podejmującego na zasadach rynkowych określone decyzje gospodarcze wobec własnych przedsiębiorstw (przedsiębiorstw publicznych) od państwa wykorzystującego różnorodne instrumenty pomocowe dla osiągnięcia celów o charakterze politycznym lub społecznym¹⁰.

W przypadku uczelni publicznych można mówić o udzielaniu przez państwa pomocy finansowej. Szkoły wyższe w Polsce otrzymują dotacje z budżetu państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego, ponadto finansowane są także ze środków zewnętrznych (przede wszystkim unijnych). Pewną korzyścią jest także zwolnienie uczelni z konieczności opłacania danin publicznych. Polskie uczelnie, wykonując usługi dydaktyczne oraz prace badawczo-rozwojowe, zwolnione są z podatku dochodowego, podatku VAT, podatku od nieruchomości, podatku rolnego, podatku leśnego i podatku od czynności cywilno-prawnych¹¹. Ponadto, jednym ze źródeł finansowania uczelni są również środki Funduszy Strukturalnych. Dzięki temu uczelnie otrzymują środki w ramach Funduszy na prowadzenie projektów badawczo-rozwojowych. Wynika z tego, że pierwsza przesłanka z art. 107 ust. 1 TFUE została spełniona. Powstaje w tym momencie pytanie, czy dzięki takiemu działaniu, uczelnie publiczne uzyskują wspomnianą korzyść. Bez wątpienia finansowanie tych podmiotów za pomocą dotacji i zwolnień podatkowych stanowi dla nich pewne ułatwienie, gdyż szkoły wyższe nie muszą w pełni pokrywać z własnych środków finansowych prowadzonej przez siebie działalności. Czy zatem można w tym aspekcie mówić o „selektywności” pomocy publicznej?

Wskazać należy, że przyznawane państwom członkowskim dotacje i subwencje nie mają charakteru ogólnego. Przeznaczone są bowiem na określone podmioty – uczelnie publiczne.

Kolejną przesłanką do uznania przyznanej przez państwa członkowskie pomocy publicznej za niedozwoloną jest zakłócenie konkurencji lub groźba zakłócenia takiej konkurencji¹². W przypadku, gdy uczelnie publiczne zostaną uznane przez Komisję Europejską za przedsiębiorstwa, pojawia się obawa, że dotacje i zwolnienia podatkowe przyznane przez państwa

¹⁰ S. Dudzik, *Pomoc...*, op. cit., s. 12. Tymczasem według A. Jankowskiej: „pomoc publiczna to pomoc, która: „zakłóca lub której udzielenie zagraża zakłóceniem konkurencji, o ile ma to negatywny wpływ na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi, jest niezgodna z regułami wspólnego rynku”. A. Jankowska, *Pomoc publiczna dla przedsiębiorstw w świetle uregulowań wspólnotowych zasady i ograniczenia udzielenia*, Warszawa 2005.

¹¹ Zgodnie z art. 15 ust. 6 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) nie uznaje się za podatnika organów władzy publicznej oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych.

¹² I. Postuła, A. Werner, *Prawo pomocy publicznej*, Warszawa 2008, s. 342.

członkowskie mogą być uznane za niedozwoloną pomoc publiczną. Tym bardziej, że krajom Unii trudno będzie udowodnić Komisji Europejskiej, iż prowadzona przez uczelnie działalność nie jest działalnością gospodarczą, a jeżeli już takie cechy posiada, to nie zagrażają one istnieniu niezakłóconej konkurencji.

By zilustrować ten problem, wystarczy przedstawić jeden aspekt wykonywania działalności gospodarczej przez uczelnię. W niektórych szkołach wyższych szeroko została rozwinięta infrastruktura sportowo-rekreacyjna. W tym samym mieście istnieją również inne (prywatne) przedsiębiorstwa, które zajmują się usługami sportowo-rekreacyjnymi. Prywatny przedsiębiorca może mieć utrudnioną sytuację, aby rozwinąć swoją działalność, mając za konkurenta podmiot, który korzysta z licznych zwolnień podatkowych czy dotacji.

W związku z tym, stwierdzić należy, że uczelnie publiczne spełniają lub w pewnych sytuacjach mogą spełniać (w przypadku prowadzenia działalności, która wyraźnie przedstawia cechy gospodarcze) przesłanki wyrażone w art. 107 ust. 1 TFUE.

5. Skutki przyznania niedozwolonej pomocy publicznej uczelniom państwowym oraz propozycje wprowadzenia nowych rozwiązań

Uznanie przez Komisję Europejską, iż przyznane uczelniom dotacje i zwolnienia podatkowe stanowią niedozwoloną pomoc publiczną, budzi z pewnością obawy, zwłaszcza wśród rektorów szkół wyższych. Skutkiem może być konieczność zwrócenia przyznanych dotacji. Z pomocą może tutaj przyjść tzw. test Altmark. W orzeczeniu w sprawie Altmark¹³ Trybunał przesądził ostatecznie, iż przyznane dotacje dla firm, które jedynie rekompensują nakłady poniesione na działalność gospodarczą, co do których są prawnie zobowiązane, nie stanowią niedozwolonej pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE¹⁴.

Trzeba będzie jednak udowodnić, że w przypadku uczelni publicznych, beneficjent pomocy spełnia następujące warunki: obowiązki beneficjenta pomocy muszą być wyraźnie zdefiniowane i faktycznie na niego nałożone; sposób wyliczenia rekompensaty musi być wskazany w sposób obiektywny i przejrzyste wraz z nałożeniem na niego obowiązków, ponadto rekompensata nie może przewyższać kosztów realizacji obowiązków publicznych, przy uwzględnieniu wpływów z tej działalności.

Jeżeli powyższe warunki zostały spełnione, to środek pochodzący od państwa, który stanowi rekompensatę za świadczenie przez przedsiębiorstwa usług, w ogólnym interesie gospodarczym nie stanowi niedozwolonej pomocy publicznej.

¹³ Wyrok w sprawie Altmark C-208/00 ECR I-5659 73, 17.

¹⁴ S. Dudzik, *Pomoc...*, op. cit., s. 65.

Wydaje się jednak, że najrozsądniejszym rozwiązaniem tej sytuacji, by uczelnie nie zostały potraktowane przez Komisję Europejską jako beneficjenci niedozwolonej pomocy publicznej, byłaby zmiana przepisów prawa krajowego. W obecnym stanie prawnym, przepisy ustawy o finansach publicznych oraz ustawy prawo o szkolnictwie wyższym, zdają się być niewystarczającymi do zmieniającej się sytuacji ekonomicznej i społecznej na rynku gospodarczym.

Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego twierdzi¹⁵, że istnieje potrzeba długotrwałych rozmów z Komisją Europejską, które, jak zapewnia, już zaczęła prowadzić – polskie regulacje jasno precyzują status uczelni. Inaczej jest w rozwiązaniach europejskich, gdzie o tym, czy jest ona instytucją publiczną, czy przedsiębiorstwem, może decydować ilość środków, jakie pozyskuje z działalności komercyjnej. Jeżeli stanowią one większość jej budżetu, to – jak wynika z opracowanych przez ekspertów UW, UJ oraz UOKiK opinii – uczelnia może stracić budżetowe dotacje – wyjaśnia¹⁶ prof. Jerzy Woźnicki, prezes Fundacji Rektorów Polskich. A wtedy będzie musiała zwrócić tzw. niedozwoloną pomoc publiczną. W przypadku dużych polskich uniwersytetów, które dostają z budżetu kilkaset milionów złotych rocznie, to nawet dziesiątki milionów.

Barbara Kudrycka, Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego w czasie obrad Sejmu, w lipcu 2011 r. powiedziała:

Trzyletni proces konsultacji zmian ustawowych doprowadził do tego, że w zasadzie większość środowiska akademickiego ma pełną świadomość zmian, jakie następują i bardzo aktywnie uczestniczy w kreowaniu nowych aktów wykonawczych do ustaw. (...) Kierownictwo ministerstwa spotkało się z ponad 50 senatami uczelni wyższych, aby przedyskutować problemy związane z treścią rozporządzeń i te spotkania zaowocowały wieloma zmianami w koncepcjach zaproponowanych wcześniej w naszych projektach¹⁷.

Niedawne prace w Sejmie nad nowelizacją ustaw dotyczących szkolnictwa wyższego ujawniły potrzebę zmian przepisów dotyczących finansowania uczelni. W przypadku niepublicznych szkół wyższych chodzi o zmiany w prawie lub w jego interpretacji, które umożliwiłyby traktowanie tych uczelni jako instytucji misyjnych, a nie podmiotów gospodarczych, jak to wynika obecnie z polskiego prawa o szkolnictwie wyższym.

Propozycja zmian zakłada, że uczelnia w ramach budżetu będzie miała trzy osobne rachunki – dotyczący działalności dydaktycznej, naukowej i komercyjnej,

¹⁵ „Gazeta Prawna”, *Czy uczelnie są gotowe na zmiany ustawowe?* Artykuł z dnia 5.07.2011 r. <http://www.nauka.gov.pl/ministerstwo/aktualnosci/aktualnosci/arttykul/kudrycka-uczelnie-sa-gotowe-na-zmiany-wprowadzone-reforma/>, 4.11.2011.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

które będą znakowały wpływające do nich pieniądze. Niezależnie od kategorii uczelni publiczna będzie mogła je dowolnie „przesuwać”¹⁸.

Dzięki tym zmianom zwiększy się także integracja uczelni z otoczeniem społeczno-gospodarczym. Uczelnie będą zobowiązane do opracowania i wprowadzenia regulaminów własności intelektualnej oraz przyjęcia zasad komercjalizacji wyników badań naukowych. Szkoły zyskają możliwość kształcenia studentów przy udziale pracodawcy bądź na jego zamówienie.

6. Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, iż wsparcie ze środków publicznych dla uczelni publicznej w zakresie, w jakim będzie ono wykorzystywane w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej, stanowić może pomoc publiczną w rozumieniu Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Istotne jest przy tym, że państwowa pomoc dla szkół wyższych dotycząca ich działalności o charakterze gospodarczym nie będzie stanowiła pomocy publicznej, jeżeli równocześnie działalność ta będzie wyraźnie rozdzielona pod względem rachunkowym i ekonomicznym.

Przede wszystkim w tym kontekście wiele zależy od tego, jak będzie wyglądał rozwój potrzebnej już na tę chwilę regulacji w ustawie Prawo o szkolnictwie wyższym, zwłaszcza w odniesieniu do przepisów dotyczących pomocy państwa. Ważne jest też, aby organy państwowe i uczelnie mogły umiejętnie z tych regulacji korzystać.

Obecnie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE w tej tematyce jest dosyć ubogie, aby mogło potwierdzić prawidłowość przywołanych wniosków. Pewnym jest natomiast, iż unijne reguły konkurencji, w tym ingerencja Komisji Europejskiej w zakresie finansowania uczelni państwowych, stanowią ciekawy problem badawczy.

Według J. Barcza:

Prawo unijne nie zabrania finansowania krajowych uczelni publicznych przez budżet państwa. Jednak prowadzenie przez nie działalności komercyjnej, konkurencyjnej wobec uczelni niepublicznych powinno być podporządkowane unijnym regułom dotyczącym pomocy państwa. Przynajmniej w pewnym stopniu wyrównałoby to szanse obu sektorów, publicznego i prywatnego na rynku edukacyjnym, i przyczyniło się do większego poszanowania środków publicznych przez uczelnie¹⁹.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ M. Pawlak, *Rektorzy o finansowaniu uczelni wyższych*, <http://www.kurier365.pl/biznes-kurier-365/gospodarka/item/3682-rektorzy-o-finansowaniu-wyzszych-uczelni?tmpl=component&print=1>, 14.11.2011.

Wynika z tego, że zmiana polskich przepisów jest istotna i potrzebna. Przede wszystkim niezbędne jest ich sprecyzowanie i dostosowanie do obowiązujących reguł unijnych. Regulacje prawa krajowego odnoszące się do finansowania szkolnictwa wyższego muszą bowiem gwarantować pełną efektywność, również unijnych reguł dotyczących pomocy publicznej państwa.

Inwestycje w zakresie obiektów energetyki jądrowej. Regulacja prawna jako narzędzie bezpieczeństwa energetycznego

1. Wstęp

Prawo atomowe, regulacja prawna sektora energetyki jądrowej to swoisty ewenement. Mówi się, że prawo podąża za zmianami w gospodarce. Tutaj jest inaczej. Prawo atomowe, jako jedyna z gałęzi prawa regulującego sektor infrastrukturalny, rozwija się o wiele szybciej niż on sam. Podstawowe ramy wypracowano na długo przed rozwojem technologii jądrowych. Polska również należy do liczного grona krajów o rozbudowanej strukturze regulacji prawa atomowego, mimo braku wykorzystywania tej formy pozyskiwania energii na szerszą skalę na terenie kraju.

Dla lepszego zrozumienia prawa regulującego tę branżę niezbędne jest krótkie wprowadzenie do jego rozwoju. Długie lata pierwszym skojarzeniem z energetyką jądrową było widmo katastrofy czarnobylskiej. Chociaż jej skutki do tej pory są nie do końca zbadane², na wiele lat zniszczyła ona zaufanie społeczne do tej formy pozyskiwania energii. Powolną zmianę tendencji zauważyć można było od mniej więcej początku tego wieku. Na określenie tego zjawiska ukuto określenie „renesans nuklearny”³. Oznaczało ono możliwość odnowy

^{1*} Autor jest studentem V roku prawa na WPiA UJ, Przewodniczącym Sekcji Prawa Publicznego Gospodarczego TBSP UJ oraz seminarzystą prof. Anny Walaszek-Pyziot przygotowującym pracę magisterską z zakresu prawa energetycznego.

² Jako jeden z najbardziej zaskakujących efektów katastrofy podaje się zwiększenie pogłowia wielu gatunków zwierząt na terenie Strefy Wykluczenia wokół Czarnobylskiej AES oraz powrotu wielu gatunków, które na innych terenach Ukrainy wyginęły, zob. np. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4923342.stm>, dostęp: 8.12.2011.

³ Więcej o samym pojęciu: <http://www.world-nuclear.org/info/inf104.html>, dostęp: 8.12.2011.

przemysłu energii jądrowej, spowodowanej przez rosnące ceny paliw kopalnych oraz dążenie do ograniczenia emisji gazów cieplarnianych. Zachętą była też wizja nieprzerwanych dostaw elektryczności na poziomie krajowym, niezależniona od występowania i cen tradycyjnych paliw. Szczególnie szybki rozwój energetyki jądrowej zauważalny jest w Chinach, gdzie obecnie powstaje równolegle 25 nowych reaktorów⁴. Na mniejszą skalę większe zaufanie do atomu było zauważalne i w Polsce. Coraz śmiej wracano do zarzuconego na fali protestów postczarnobylskich projektu budowy pierwszego reaktora, czego odzwierciedleniem była zmiana nastawienia mieszkańców Żarnowca do ewentualnej budowy elektrowni w ich miejscowości⁵.

Potężnym zwrotem w tej wieloletniej tendencji rozwojowej sektora energetyki jądrowej był 11 marca 2011 roku, kiedy miało miejsce katastrofalne tsunami w Japonii, które spowodowało w konsekwencji awarię reaktora w Fukushima. Pociągnęło to za sobą szereg decyzji zatrzymujących rozwój tej gałęzi gospodarki. Jeszcze w marcu Hugo Chavez zarządził zamrożenie planów rozwoju energetyki jądrowej w Wenezueli⁶. W czerwcu Bundestag zatwierdził program wycofywania się z wykorzystania energii atomowej do 2022 roku⁷. W połowie sierpnia szwedzka minister ds. gospodarki i energetyki, Maud Oloffson, ogłosiła, że rząd szwedzki nie będzie już finansowo wspierał rozwoju elektrowni jądrowych⁸. W takiej to napiętej sytuacji głębokiego kryzysu zaufania dla energetyki jądrowej Polska ogłosiła kolejny etap programu wdrożenia w naszym kraju tej formy pozyskiwania energii⁹.

2. Polska regulacja sektora energetyki jądrowej

W polskim prawodawstwie od kilku lat zauważalne jest zintensyfikowanie przygotowań do wprowadzenia w Polsce prawnych ram dla technologii jądrowej. Pierwsze działania przygotowujące polską politykę w sprawie energii jądrowej Rada Ministrów podjęła już dwa lata temu. W uchwałach przyjętych na przestrzeni 2009 roku przygotowano Program Polityki Energetyki Jądrowej¹⁰ oraz powołano Pełnomocnika rządu ds. Polskiej Energetyki

⁴ <http://www.world-nuclear.org/info/inf63.html>, dostęp: 8.12.2011.

⁵ <http://www.mmtrojmiasto.pl/390411/2011/10/19/elektrownia-atomowa-w-polsce-tak-byle-nie-na-pomorzu?category=biznes>, dostęp: 8.12.2011.

⁶ <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-12768148>, dostęp: 8.12.2011.

⁷ <http://www.rp.pl/artykul/681288.html>, dostęp: 08.12.2011.

⁸ http://www.pap.pl/palio/html.run?_Instance=cms_www.pap.pl&_PageID=1&s=infopakiet&dz=gospodarka&idNewsComp=215931&filename=&idnews=130627&data=infopakiet&_Checksum=615739485, dostęp: 8.12.2011.

⁹ <http://www.mg.gov.pl/node/14459>, dostęp: 8.12.2011.

¹⁰ Uchwała nr 4/2009 Rady Ministrów z 13 stycznia 2009 r. w sprawie działań podejmowanych w zakresie rozwoju energetyki jądrowej oraz Uchwała nr 202/2009 rady Ministrów z 10 listopada 2009 r. w sprawie „Polityki energetycznej Polski do 2030 roku” (niepubl.).

Jądrowej w randze wiceministra gospodarki¹¹. W maju bieżącego roku zostały uchwalone dwie ustawy, których celem było zakończenie pierwszego etapu wdrażania polskiej polityki energetyki jądrowej. Mowa tu o tak zwanej dużej nowelizacji prawa atomowego z 13 maja 2011 roku¹² oraz uchwaleniu ustawy o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących¹³, dalej zwanej ustawą inwestycyjną.

Ustawa ta zawiera zasady przygotowania i realizacji inwestycji obejmujących budowę obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących. Obiektami energetyki jądrowej będą: elektrownie jądrowe, zakłady wzbogacania, wytwarzania i przerobu paliwa jądrowego czy składowiska odpadów promieniotwórczych. Z kolei do inwestycji towarzyszących ustawa zalicza linie przesyłowe prądu z elektrowni, infrastrukturę komunikacyjną, wodociągi i zaplecze socjalne¹⁴. Zgodnie z rządowym projektem, celem niniejszej ustawy było „stworzenie klarownych i stabilnych ram prawnych obejmujących całokształt procesu inwestycyjnego w zakresie przedsięwzięć związanych z budową w Polsce obiektów energetyki jądrowej, tak aby możliwe było prowadzenie efektywnej działalności w tym zakresie”¹⁵. Zastosowano model ustawy szczególnej dla uregulowania procesu inwestycyjnego w danym sektorze infrastruktury. Skorzystano tu z bogatego już doświadczenia legislacyjnego. Poza omawianą ustawą obecnie w porządku prawnym mamy 8 tego typu ustaw specjalnych regulujących sektor infrastrukturalnych, a obejmujących zagadnienia: dróg, autostrad, kolei, lotnisk, telekomunikacji, terminali LPG, budowli przeciwpowodziowych oraz imprezy EURO 2012¹⁶.

¹¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 maja 2009 r. w sprawie ustanowienia Pełnomocnika Rządu do spraw Polskiej Energetyki Jądrowej (Dz.U. 2009 nr 72 poz. 622).

¹² Ustawa z dnia 13 maja 2011 r. O zmianie ustawy – Prawo atomowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011 nr 132 poz. 766).

¹³ Ustawa z dnia 29 czerwca 2011 (Dz.U. 2011 nr 135 poz. 789).

¹⁴ Por. art. 2 ustawy inwestycyjnej.

¹⁵ Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących, s. 6, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/C54F84FA51A4AAC9C1257849003B79C7/\\$file/3937-uzasadnienie.doc](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/C54F84FA51A4AAC9C1257849003B79C7/$file/3937-uzasadnienie.doc) dostęp: 8.12.2011.

¹⁶ Ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2003 r. Nr 80, poz. 721, ze zm.), Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych (Dz.U. 1994 Nr 127 poz. 627 ze zm.), Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 789, ze zm.), Ustawa z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowywania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz.U. z 2009 r. Nr 42, poz. 340, ze zm.), Ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. 2010 Nr 106, poz. 675), Ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu (Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 700, ze zm.), Ustawa z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych (Dz.U. z 2010 r. Nr 143, poz. 963), Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 (Dz.U. z 2007 r. Nr 173, poz. 1219, ze zm.).

3. Procedura inwestycyjna dotycząca budowy, uruchomienia i eksploatacji obiektu jądrowego

Ustawodawca przyjął, iż najlepszym sposobem uregulowania zakresu ustawy będzie stworzenie odrębnych postępowań administracyjnych dla decyzji potrzebnych do realizacji inwestycji w energetykę jądrową.

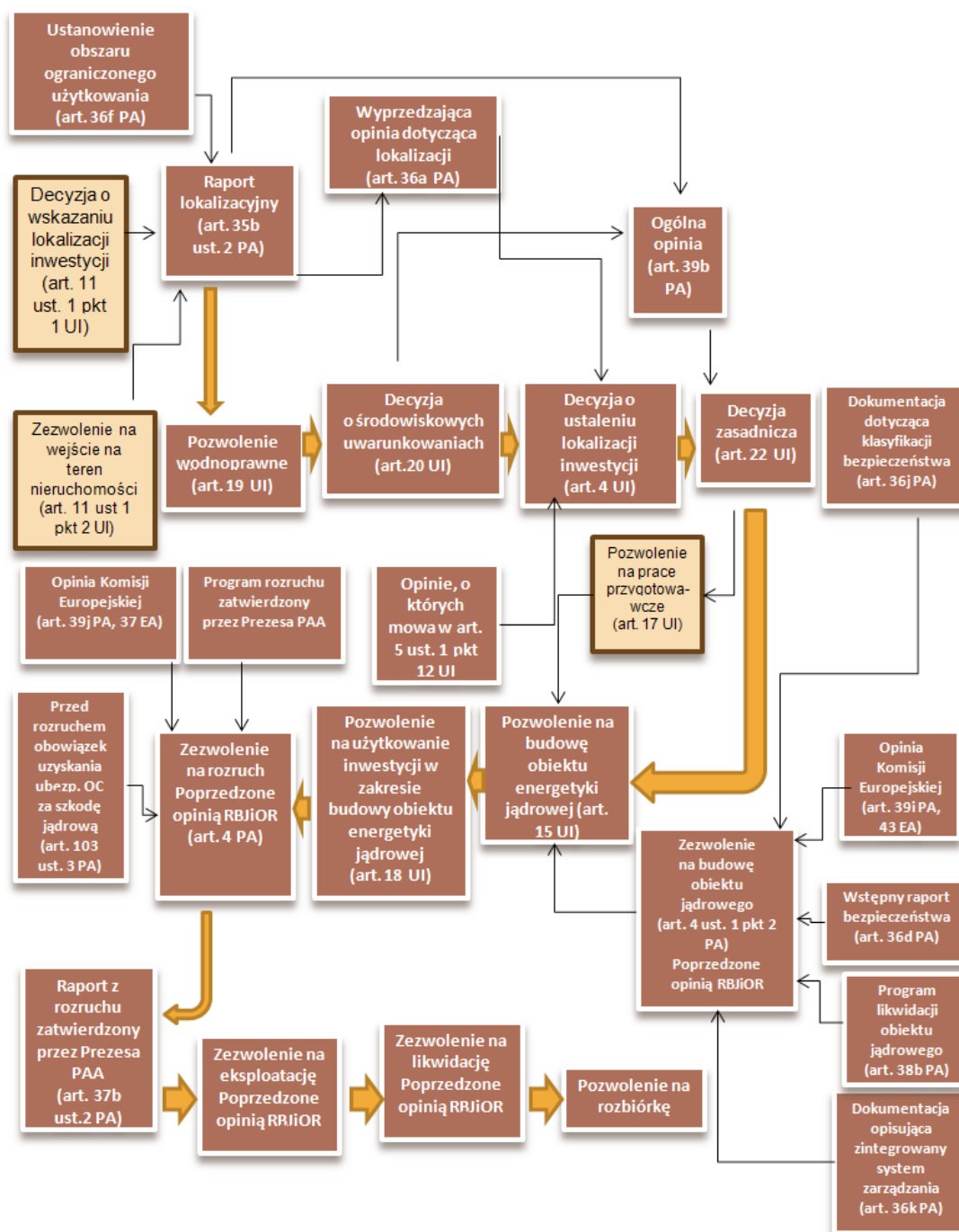
Osobno regulowana jest kwestia przygotowania inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej. Po pierwsze, inwestor musi przedłożyć Prezesowi Agencji Atomistyki, zgodnie z art. 35b prawa atomowego, raport lokalizacyjny, na podstawie którego Prezes wydaje w trybie art. 36a powyższej ustawy wyprzedzającą opinię lokalizacyjną oraz inwestor może starać się o wydanie opinii ogólnej, dotyczącej planowanych rozwiązań organizacyjno-technicznych w przyszłej działalności oraz projektów dokumentów, które należy złożyć wraz z wnioskiem o wydanie dalszych zezwoleń (art. 39b prawa atomowego). Dodatkowo, art. 19 i 20 ustawy inwestycyjnej w swoisty sposób reguluje warunki uzyskania dla inwestycji w zakresie budowy obiektów jądrowych pozwolenia wodnoprawnego i decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, nieco liberalizując wymogi do ich wydania. W ramach procesu przygotowawczego w zakresie budowy elektrowni jądrowej inwestor może się starać odpowiednio o fakultatywne: decyzję o wskazaniu lokalizacji inwestycji (art. 11.1.1 ustawy inwestycyjnej) oraz zezwolenie na wejście na teren nieruchomości (art. 11.1.2 ustawy). Cały proces wstępny kończy się decyzją administracyjną ustalającą lokalizację obiektu energetyki jądrowej na danym terenie (art. 4.).

Następnie inwestor musi, zgodnie z art. 22 ustawy inwestycyjnej, u Ministra Gospodarki uzyskać decyzję zasadniczą. Wymagana jest ona po decyzji o ustaleniu lokalizacji tej inwestycji, a przed wystąpieniem o pozwolenie na budowę obiektu energetyki jądrowej (ewentualnie przed pozwoleniem na prace przygotowawcze). Wyraża akceptację państwa dla danej inwestycji, dokonywanej przez skonkretyzowanego inwestora w uzgodnionej lokalizacji, w określonej technologii, tak ze względów bezpieczeństwa energetycznego, bezpieczeństwa samego państwa, jak i czysto politycznych. Do jej wydania wymagana jest opinia szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Równolegle do tej procedury, zgodnie z art. 4. punkt 2 prawa atomowego, inwestor musi przejść tok postępowania uzyskiwania zezwolenia na działalność związaną z narażeniem na skażenie radiologiczne polegającą na budowie obiektu jądrowego. W jej ramach inwestor z góry zobligowany jest przedłożyć program likwidacji obiektu (art. 38b. prawa atomowego), dokumentację opisującą zintegrowany system zarządzania (art. 36k.), wstępny raport bezpieczeństwa (art 36d.) oraz uzyskać opinię Komisji Europejskiej wydaną na mocy art. 43. Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Euratom).

Dopiero po uzyskaniu tych wszystkich decyzji inwestor może starać się o samo pozwolenie na budowę obiektu energetyki jądrowej, którego tryb wydania w stosunku do prawa budowlanego modyfikuje art. 15 ustawy inwestycyjnej. Dalej potrzebne jest mu osobne pozwolenie na użytkowanie obiektu, wydane w trybie art. 18 ustawy inwestycyjnej. Zgodnie ze wspomnianym art. 4 prawa atomowego, inwestorowi są również potrzebne osobne zezwolenia na rozruch (z którego zgodnie z art. 37b. ust. 2 musi przedłożyć raport do zatwierdzenia Prezesowi Państwowej Agencji Atomistyki), eksploatację, czy wreszcie likwidację i rozbiórkę obiektu.

Całą omówioną procedurę ilustruje poniższy schemat:



Można za co najmniej kontrowersyjne uznać nazwanie takiego stanu prawnego „klarownymi ramami prawnymi inwestycji”. W czasie funkcjonowania obiektu inwestor zmuszony jest uzyskać około dwudziestu różnych decyzji administracyjnych wydawanych przez różne organy i w różnych postępowaniach.

Skomplikowanie technologiczne projektu jest tu wprost proporcjonalne do charakteru przyjętej regulacji prawnej.

4. Dostęp do informacji w nowelizacji prawa atomowego

Mała klarowność ram prawnych inwestycji w obiekt energetyki jądrowej stanowi problem sam w sobie, pozostaje jeszcze specyfika tego typu przedsięwzięć. Powoduje ona, że realizacja projektu nie jest możliwa bez zapewnienia dla niego społecznej akceptacji. Ostatnia nowelizacja prawa atomowego w znaczący sposób poszerzyła dostęp do informacji publicznej związanej z funkcjonowaniem obiektów jądrowych. Część z tych przepisów¹⁷ wejdzie w życie od 1 stycznia 2012 roku.

Każdy ma prawo, zgodnie z art. 35a. prawa atomowego, do otrzymania od posiadacza zezwolenia pisemnej informacji na temat bieżącego stanu bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej obiektu jądrowego, jego wpływu na zdrowie i środowisko oraz wielkości i składzie izotopowym uwolnień substancji promieniotwórczych do środowiska. Informacje te inwestor będzie miał obowiązek umieszczać na swojej stronie internetowej obok informacji o zdarzeniach na terenie obiektu, które mogły być potencjalnie niebezpieczne. Oczywiście, informacje dotyczące ochrony fizycznej, zabezpieczeń materiałów jądrowych oraz informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie będą podlegały udostępnieniu. Dużą część zadań informacyjnych powierzono Prezesowi Polskiej Agencji Atomistyki. Obok powyższych informacji, zebranych ze wszystkich obiektów jądrowych na stronie Agencji, Prezes będzie także udostępniał informacje o wydanych zezwoleniach dotyczących obiektów jądrowych oraz coroczne oceny stanu bezpieczeństwa nadzorowanych obiektów jądrowych.

Ustawa przewiduje również zinstytucjonalizowane formy informowania o bezpieczeństwie jądrowym. Według art. 39m prawa atomowego, inwestor ma obowiązek utworzenia Lokalnego Centrum Informacyjnego. Jego działalność musi rozpocząć się nie później niż w momencie złożenia wniosku o zezwolenie na budowę obiektu jądrowego i skończyć się nie wcześniej niż z dniem zakończenia jego likwidacji. Do jego zadań należy gromadzenie i udostępnianie informacji na temat pracy i stanu bezpieczeństwa obiektu jądrowego. Określono

¹⁷ Rozdział 4a Prawa atomowego dodany przez art. 1 pkt 21 ustawy z dnia 13 maja 2011 r. (Dz.U.11.132.766) zmieniającej nin. ustawę w tym zakresie z dniem 1 stycznia 2012 r.

owe centra jako punkty współpracy z organami administracji w prowadzeniu działań związanych z informacją społeczną, edukacją, popularyzacją oraz informacją naukowo-techniczną i prawną. Fakultatywnie, w myśl art. 39n, mogą powstawać również Lokalne Komitety Informacyjne. Komitety takie zostały pomyślane jako forma kontroli obiektów jądrowych przez społeczność lokalną, realizowanie jej praw wobec inwestora oraz przekaz informacji od niego. Sama gmina jako jednostka samorządu terytorialnego, na terenie której wzniesiono obiekt jądrowy, może tworzyć na mocy art. 39o prawa atomowego Gminny Punkt Informacyjny o podobnym zakresie kompetencji.

Należy tutaj uznać zamysł ustawodawcy za słuszny. Szeroki dostęp do informacji o działaniu obiektów jądrowych, poprzez jak najdalej idące akcentowanie jawności, można uznać za słuszny krok ku wzmocnieniu akceptacji i zrozumienia społeczeństwa dla tego typu inwestycji. Wydaje się jednak, że tak ważny element zadań placówek informacyjnych przy obiektach jądrowych, wprowadzonych dużą nowelizacją prawa atomowego, jak działalność edukacyjna, nie powinien być umieszczony przez ustawodawcę obok zadań o charakterze bardzo ogólnym. Śmiało można powiedzieć, że stała się ona nierealizowalna bez dalszej pracy legislacyjnej. Pozostawienie działalności edukacyjnej tylko w zakresie zadań, bez doprecyzowania konkretnych unormowań, jest sporym błędem. Właśnie ten element powinien być priorytetowy jako jedyna droga do zapewnienia braku protestów społecznych wobec polskiej polityki jądrowej.

5. Bezpieczeństwo energetyczne a energetyka ze źródeł jądrowych

Bezpieczeństwo energetyczne i jego zapewnienie stanowi kluczową zasadę prawa energetycznego. Energia i surowce, z których jest pozyskiwana, jako elementy strategiczne, stanowią kluczową kwestię do uregulowania przez prawo. W doktrynie wyróżnia się aspekty bezpieczeństwa energetycznego w wymiarze podmiotowym, przestrzennym i przedmiotowym¹⁸. W aspekcie podmiotowym gwarantem bezpieczeństwa energetycznego jest państwo, gdyż żadne społeczeństwo nie może prawidłowo rozwijać się bez bezpiecznych i stabilnych źródeł pozyskania paliw i energii¹⁹. Aspekt przedmiotowy bezpieczeństwa jest pomocniczy wobec podmiotowego, sama jego definicja zależy od rodzaju i kategorii przyjętych za podstawę badawczą²⁰. W doktrynie wyróżnia się zatem w ujęciu wertykalnym

¹⁸ Zob. szerzej: M. Domagała, *Bezpieczeństwo energetyczne. Aspekty administracyjno-prawne*, Lublin 2008, s. 26 i podana tam literatura; T. Kowalak, *Bezpieczeństwo energetyczne – zakłęcie czy realna kategoria*, Biuletyn URE 2005, nr 6, s. 17 i n.

¹⁹ K. Kloc-Evison [w:] M. Swora, Z. Murasa (red.), *Prawo energetyczne, komentarz*, Warszawa 2010, s. 79.

²⁰ R. Zięba, *Kategoria bezpieczeństwa w nauce o stosunkach międzynarodowych* (w:) D. B. Bobrowski, E. Haliżak, R. Zięba (red.), *Bezpieczeństwo narodowe i międzynarodowe u schyłku XX wieku*, Warszawa 1997, s. 7 i n.

kilka aspektów przedmiotowych, tj. aspekt: polityczny, prawny, ekonomiczny (gospodarczy), technologiczny, ekologiczny, techniczny oraz administracyjny²¹. Jednym z elementów bezpieczeństwa energetycznego jest bezpieczeństwo dostaw²². Prawo energetyczne²³ definiuje je w sposób techniczny jako zdolność systemu elektroenergetycznego do zapewnienia bezpieczeństwa pracy sieci elektroenergetycznej oraz równoważenia dostaw energii elektrycznej z zapotrzebowaniem na tę energię.

W stosunku do energetyki jądrowej definicja wydaje się być niepełna. Ze względu na specyfikę tego sposobu pozyskiwania energii, obok technicznego rozumienia bezpieczeństwa dostaw, powinno się mówić również o psychologicznym bezpieczeństwie dostaw energii. Społeczeństwo powinno być skutecznie przekonane, że energia, z której korzysta, jest mu dostarczana w sposób dla niego akceptowalny, niezagrażający życiu i zdrowiu ludzkiemu. Taki stan można uzyskać tylko, stawiając na jak najgłębszą i skuteczną edukację w tym zakresie. Stąd obawy co do roli działalności edukacyjnej inwestora w zakresie energetyki jądrowej. Nie jest on jednostką samorządu terytorialnego, której można pozostawić ją jako zadanie własne ze względu na jej samodzielność i niezależność²⁴. Potrzeba tu daleko idącej regulacji. Nie może ona pozostać tylko materią ustawową, potrzeba takiego jej doprecyzowania, na przykład w drodze rozporządzenia wykonawczego, która w wyraźny sposób określi, jak ma być prowadzona działalność edukacyjna inwestora.

6. Podsumowanie

Energia jądrowa jest jednym z najbardziej przyszłościowych źródeł energii ze względu na niską cenę produkcji, dużą ilość dostępnego surowca potrzebnego do jej uzyskania (światowe rezerwy uranu, biorąc pod uwagę obecne zużycie, są praktycznie nieograniczone, wystarczą na co najmniej 3 tysiące lat) oraz neutralność dla środowiska (brak emisji gazów cieplarnianych)²⁵.

Jako element sektora infrastrukturalnego prawo atomowe wymaga daleko idącej regulacji²⁶. Musi być ona skierowana na konkretny cel. W ustawie inwestycyjnej ustawodawca

²¹ T. Z. Leszczyński, *Bezpieczeństwo energetyczne Unii Europejskiej do 2030 r.*, Warszawa 2009, s. 11; A. Kądziała-wa, *Uwarunkowania rynkowe bezpieczeństwa energetycznego*, „Elektroenergetyka” 2005, nr 1, s. 1.

²² F. Elżanowski [w:] M. Swora, Z. Murasa (red.), *Prawo energetyczne, komentarz*, Warszawa 2010, s. 233.

²³ Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne. (Dz.U. 1997 nr 54 poz. 348 ze zmianami).

²⁴ Więcej o konstrukcji zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego por. w K. Bandarzewski, *Podział zadań samorządu terytorialnego* [w:] W. Kisiel (red.), *Prawo samorządu terytorialnego*, s. 107 i n.

²⁵ M. Nowacki, *Prawne aspekty bezpieczeństwa energetycznego w UE*, s. 339, por. również P. Czerpak, *Bezpieczeństwo energetyczne*, [w:] K. Żurowska, M. Grącik (red.), *Bezpieczeństwo międzynarodowe, Teoria i praktyka*, Warszawa 2006.

²⁶ Por. R. Stankiewicz, *Kilka uwag o regulacji jako funkcji administracji gospodarczej w rozwoju sektora energetycznego* [w:] M. Wierzbowski, R. Stankiewicz (red.), *Współczesne problemy prawa energetycznego*, Warszawa 2010.

określił go jako „stworzenie klarownych, efektywnych i stabilnych ram prawnych obejmujących całokształt procesu inwestycyjnego w zakresie przedsięwzięć związanych z budową w Polsce obiektów energetyki jądrowej”. Aby efektywnie zarządzać energetyką jądrową, potrzebne jest nie dodawanie nowych decyzji, a uporządkowanie i zastąpienie ich pakietów wydawanych przez różne organy możliwie ograniczoną liczbą decyzji w sposób kompleksowy regulujących jak najszersze aspekty działania obiektów energetyki jądrowej. Jest to trudne zadanie, gdyż jednocześnie nie może umknąć prawodawcy zachowanie ostrego reżimu bezpieczeństwa i zakresu odpowiedzialności za ewentualne szkody, tak charakterystyczne i niezbędne dla prawa atomowego. Nie można też zapomnieć o wspomnianym wyżej patrzeniu na regulację przez pryzmat bezpieczeństwa energetycznego. Szczególnie w zakresie energetyki jądrowej staje się to priorytetowe.

Tylko racjonalna i efektywna regulacja tego sektora infrastrukturalnego pozwoli zrealizować cele przyświecające wprowadzeniu energii ze źródeł jądrowych w naszym kraju. Inaczej może się okazać, że wdrożenie energetyki jądrowej do Polski będzie problemem nie tyle technologicznym czy politycznym, co prawnym.

Tymczasowe aresztowanie – wczoraj, dziś i jutro

1. Wstęp

Proces karny z uwagi na przestępstwo, czyli przedmiot swojego zainteresowania ingeruje w najdonioślejsze prawa i wolności człowieka. Zaznaczyć trzeba, że taka ingerencja jest potrzebna, ponieważ bez tego niemożliwe byłoby poradzenie sobie z problemem przestępczości. Proces karny musi wyważyć kilka, nie zawsze tożsamyh wartości. Po pierwsze musi w jakiś skuteczny sposób zareagować na przestępstwo, a z drugiej strony musi uszanować prawa osób, które mają ponieść konsekwencje swojego zachowania. Pierwszy cel, czyli najogólniej rzecz biorąc trafna reakcja karna, wymaga, aby instytucje procedury karnej pozwalały na, ingerencje w konstytucyjne prawa podejrzanego (oskarżonego), drugi cel nakłada na te same instytucje mechanizmy „hamujące”, aby owa ingerencja miała jak najmniej inwazyjny charakter. Wyważenie tych dwóch, czasami przeciwstawnych wartości, nie zawsze jest proste. Ciężar tego zadania spoczywa na ustawodawcy, który tworząc przepisy, musi wziąć pod uwagę wszystkie postulaty i za pomocą tekstu prawnego przekuć je w „działające” instytucje. Jak trudne jest to zadanie, pokazuje skala nowelizacji, które każdorazowo stanowią reakcję na problemy wynikające z praktycznego stosowania przepisów. Instytucją prawa karnego procesowego, która w szczególny sposób skupia w sobie podniesione problemy, jest tymczasowe aresztowanie.

^{1*} Student WPiA UJ.

Tymczasowe aresztowanie pozwala bowiem na pozbawienie wolności osoby, która nie została skazana prawomocnym wyrokiem sądu i co do której w dalszym ciągu istnieje domniemanie niewinności².

Kolejnym aspektem wpływającym na zainteresowanie tą tematyką jest alarm Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, że mamy w Polsce do czynienia ze „strukturalnym problemem” z długotrwałością stosowania środków zapobiegawczych, w szczególności tych o charakterze izolacyjnym. Pomimo że statystyki wskazują stopniowy spadek średniego czasu stosowania tymczasowego aresztowania w sprawach karnych, to sytuacja w Polsce, w szczególności na tle danych pochodzących z innych krajów członkowskich Unii Europejskiej, nie może być uznana za zadowalającą³.

W niniejszej pracy skrótowo wskazane zostaną regulacje tymczasowego aresztowania w kodeksach postępowania karnego uchwalonych w Polsce po odzyskaniu przez nią niepodległości w 1918 roku. Z racji ciągłych zmian w prawie, rozważania oparte będą na tekstach pierwotnych kodeksu postępowania karnego z 1928 r. i 1969 r. Ponadto zostanie wyodrębniona regulacja tymczasowego aresztowania z roku 1949 roku. Wprawdzie obowiązywał wtedy formalnie kodeks postępowania karnego z 1928 r., jednak doszło do istotnych zmian, które prze-modelowały tę instytucję. Dodatkowo zostaną wskazane główne zmiany po 1989 r., a przed wejściem w życie kodeksu z 1997 r. Regulacja tymczasowego aresztowania na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu z 1997 r. zostanie przedstawiona w oparciu o aktualne przepisy. Na koniec wskazany zostanie charakter planowanych zmian w projekcie przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego.

2. Procedura karna po odzyskaniu przez Polskę niepodległości

Pierwszą procedurą, na podstawie której zostanie przedstawiona instytucja tymczasowego aresztowania, jest kodeks postępowania karnego z 1928 r.

Przez połowę okresu międzywojennego obowiązywały pozaborcze procedury karne, które miały jednak charakter nowoczesny – wszystkie przewidywały przedbieg procesu mieszanego. Polski ustawodawca wprowadził w nich tylko nieznaczne zmiany⁴.

² A. Stęпка, *Tymczasowe aresztowanie w polskiej procedurze karnej*, [w:] P. Cyran (red.), *Postępowanie karne w kontekście zapisów art. 5 i 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Konferencja sędziów Sąd Apelacyjny w Krakowie, 13-16 maja 2009 roku*, Kraków 2009, s. 66.

³ P. Hofmański, *Słowo wstępne* [w:] P. Nycz, R. Duszkiewicz (red.), *Tymczasowe aresztowanie jako ultima ratio – poszukiwanie alternatywy*, Kraków 2011, s. 9.

⁴ S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Okres międzywojenny. Część 3*, Kraków 2001, s. 563.

Rosyjski kodeks postępowania karnego z 1864 r., przetłumaczony niemal bez zmian na język polski, obowiązywał nadal. Sytuację taką akceptował prof. Juliusz Makarewicz, gdyż uważał, że zaoszczędzi to „niepożądaną pracę nad zupełnie nową, oryginalną ustawą”⁵.

Kolejnym kodeksem, który obowiązywał bez większych zmian, był niemiecki kodeks postępowania karnego z 1877 r. Ustawa miała obowiązywać przez rok, ale utrzymała się na stałe⁶. Rozporządzenie ministra byłej Dzielnicy Pruskiej wprowadziło pewne zmiany w niemieckiej procedurze karnej, dostosowując ją do polskich warunków. Dla Górnego Śląska procedurę dostosowało rozporządzenie ministra sprawiedliwości z 16 lipca 1922 r. Ustawa z dnia 1 czerwca 1923 r. ujednoliciła zmiany postępowania karnego z 1877 r. dla całego byłego zaboru pruskiego, rozciągając dotychczasowy kształt tej procedury dla Górnego Śląska także na województwa poznańskie i pomorskie⁷.

Austriacka procedura karna z 1873 r. była dostosowana do modelu kodyfikacji typowo nowoczesnej, wzorowanej na francuskiej. Dawną ustawę o wynagradzaniu szkody z powodu bezzasadnego prawomocnego skazania zastąpiono ustawą o wynagradzaniu szkód osobom niesłusznie skazanym. Zaś ustawa z 18 sierpnia 1918 r. przewidywała odszkodowanie z powodu bezzasadnego aresztu śledczego. Były to jeszcze ustawy austriackie⁸.

Polska ustawa z 21 października 1919 r. wprowadziła postępowanie uproszczone w sprawach o zbrodnie i występki na ziemiach byłego zaboru austriackiego, zagrożonych do 1 roku pozbawienia wolności, kary grzywny lub obu tych spraw łącznie⁹.

Na Spiszu i Orawie obowiązywała węgierska procedura karna z 4 grudnia 1896 r. (znowelizowana w 1908 r.). Na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z 14 września 1922 r. została ona zastąpiona austriacką ustawą o postępowaniu karnym z 1873 r.¹⁰

Jak widać, sytuacja prawna obywateli jednolitej już Polski po odzyskaniu przez nią niepodległości była różna i obowiązywały niezależnie od siebie różne procedury karne. Stało się rzeczą oczywistą, że należy zmienić ten stan.

Już 16 maja 1920 r. w ramach Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej powstała Sekcja Postępowania Karnego. Prezesem jej został E. Krzymuski. Owocem pracy komisji był projekt kodeksu postępowania karnego, który rozporządzeniem Prezydenta RP wprowadzono w życie z dniem 1 lipca 1929 r.¹¹.

⁵ *Ibidem*, s. 563.

⁶ *Ibidem*, s. 563–564.

⁷ *Ibidem*, s. 564.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ S. Płaza, *op. cit.*, s. 567.

3. Tymczasowe aresztowanie w kodeksie postępowania karnego z 1928 roku

Kodeks postępowania karnego z 1928 r.¹² w zakresie środków zapobiegawczych wprowadził poręczenie, kaucję pieniężną, zakaz oddalania się, dozór policji lub innych organów oraz tymczasowe aresztowanie. W praktyce górowało ono nad innymi środkami, chociaż formalnie miało być stosowane wyjątkowo. O zastosowaniu tych środków decydował sąd. Szczególną uwagę kodeks zwrócił na tymczasowe aresztowanie, określając jego podstawy i czas trwania. Mogło je poprzedzić tzw. zatrzymanie do 48 godzin, dokonane przez policję lub prokuratora. W ciągu tego czasu sąd miał wydać postanowienie o aresztowaniu albo zwolnieniu podejrzanego¹³.

Na decyzję sądu o tymczasowym aresztowaniu podejrzanemu przysługiwało zażalenie do wyższej instancji. Aresztowanie w toku dochodzenia mogło trwać do dwóch miesięcy, w trakcie śledztwa dalsze cztery miesiące. W razie potrzeby istniała możliwość jego przedłużenia. Ten środek zapobiegawczy bywał nadużywany. Policja chętnie stosowała go wobec osób podejrzanych o przestępstwo, bez stałego miejsca zamieszkania i utrzymania oraz żebraków i włóczęgów, a nadto osób politycznie podejrzanych. W czasie aresztu dla wymuszenia zeznań uciekano się do różnych niedozwolonych form przymusu¹⁴.

O częstym stosowaniu tego środka zapobiegawczego świadczy fakt, że liczba więźniów śledczych przekraczała w Polsce $\frac{1}{4}$ zaludnienia więzień. Typowymi więzieniami Polski były więzienia karno-śledcze, w których sytuacja więźniów śledczych i karnych pod wieloma względami była podobna¹⁵.

IV Międzynarodowy Kongres Prawa Karnego (Paryż, 1937) w swojej uchwale o śledztwie przypominał, że areszt w tym stadium postępowania winien pozostawać pod kontrolą sądu. M. Szer zaś pisał o sądownictwie angielskim: „Nie na żarty też sąd pilnuje tam, by przedłużanie aresztu przed rozprawą nie stawało się środkiem szykany ze strony władz wobec przeciwników politycznych”¹⁶.

W kodeksie postępowania karnego z 1928 r. podstawy stosowania tymczasowego aresztowania zostały określone w art. 165. Mogły dotyczyć bądź osoby oskarżonego, bądź toczącego się postępowania. Do pierwszej grupy należała obawa, że oskarżony będzie się ukrywał (art. 165 lit. A k.p.k.). Podstawa ta zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie nie budziła kontrowersji, natomiast obawa tzw. koluzji wzbudzała zastrzeżenia – chodziło tu o możliwość zastosowania tymczasowego aresztowania ze względu na to, że oskarżony będzie nakłaniał świadków do fałszywych zeznań lub w inny sposób będzie się

¹² Dz.U.28.33.313.

¹³ S. Płaza, *op. cit.*, s. 563.

¹⁴ *Ibidem*, s. 591.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

starał o usunięcie dowodów przestępstwa (art. 165 lit. B k.p.k.). W doktrynie zwalczano ten tytuł aresztowania twierdząc, że nie da się go pogodzić ze stanowiskiem procesowym obwinionego¹⁷.

Litera C art. 165 k.p.k. upoważniała do stosowania tymczasowego aresztowania, gdy oskarżony nie miał w kraju stałego miejsca pobytu albo określonego źródła utrzymania lub gdy nie można ustalić jego tożsamości.

Jako podstawę stosowania tymczasowego aresztowania uznano również sytuację, w której oskarżony był przestępcą nałogowym, zawodowym lub recydywistą (art. 165 lit. D k.p.k.)¹⁸. Punitivność tej podstawy wyrażała się w tym, że oskarżony był aresztowany nie ze względu na czyn, którego aktualnie się dopuścił, lecz ze względu na okoliczności dotyczące jego osoby.

W doktrynie międzywojennej istniał spór co do uzasadnienia stosowania tymczasowego aresztowania. Zdaniem W. Woltera nie leżało ono w fakcie popełnienia przestępstwa przez sprawcę, ale w podejrzeniu go o to (procesowy punkt widzenia) oraz w zaistnieniu szczególnych okoliczności¹⁹. Odmienne w tym zakresie stanowisko reprezentował Z. Papierowski, zdaniem którego uzasadnianie aresztu tymczasowego leżało w fakcie popełnienia przestępstwa i w potrzebach natury procesowej, polegających na zapobieganiu uchylania się podejrzanego od wymiaru sprawiedliwości z powodu popełnienia przestępstwa²⁰.

Przepisy zawarte w art. 173-186 określały możliwość odstąpienia od stosowania tymczasowego aresztowania lub nawet zwolnienia aresztowanego z aresztu pod warunkiem złożenia kaucji lub poręczenia. Przez praktyków prawa, w szczególności prokuratorów i sędziów, regulacje z 1928 r. były oceniane jako nazbyt łagodne²¹.

Projekt nowelizacji tej materii z 1937 r. przewidywał rozszerzenie zakresu stosowania tymczasowego aresztowania o przypadki, gdy „oskarżony podejrzany był o popełnienie przestępstwa szczególnie niebezpiecznego dla ładu prawnego, a pozostawianie go na wolności godziłoby poczucie prawne społeczeństwa” oraz gdy „zachodziła uzasadniona obawa, że oskarżony pozostawiony na wolności będzie dopuszczał się przestępstw”²².

Ciekawym problemem niezwiązanym bezpośrednio ze stosowaniem tymczasowego aresztowania było zaliczanie bądź niezaliczanie czasu jego trwania na poczet kary. Obecnie, na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet kary zalicza się okres rzeczywistego pozbawienia wolności, a więc także okres tymczasowego aresztowania. W dwudziestoleciu międzywojennym nie było odpowiednika tego przepisu i praktyka w tym zakresie przedstawiała się różnie.

¹⁷ J. Kordeczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego na kształt polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym (Les classiques modernes)*, Wrocław 2007, s. 135.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, s. 138.

²² *Ibidem*, s. 137.

Czasami nawet traktowano tymczasowe aresztowanie jako swoistą karę dyscyplinarną niezależną od orzeczonej później kary. W praktyce występowało „swobodne uznanie” – niczym nieskrępowane i w żaden sposób niekontrolowane. Nie było bowiem mechanizmu zmuszającego sędziego do uzasadnienia decyzji w tym zakresie²³.

4. Tymczasowe aresztowanie w PRL

Po zmianie ustroju politycznego Polski i dojściu do władzy komunistów stało się jasne, że system prawny ulegnie daleko idącym zmianom. Szczególnie narażone na zmiany polityczne jest prawo karne i procedura karna. Stają się one bowiem narzędziami w rękach władzy do sterowania społeczeństwem, a ich instytucje wykorzystywane są w sposób instrumentalny. Wprawdzie kodeks postępowania karnego z 1928 r. obowiązywał formalnie do 1970 r., kiedy to wprowadzono nową procedurę karną z 1969 r. Jednak treść jego przepisów i ich stosowanie w sposób znaczny różniło się od tych z czasów przedwojennych.

Jak pisano w literaturze przedmiotu z tamtego okresu:

Cały bowiem nasz obecny system procesowy – choć oparty na kodeksie powstałym w innej formacji – zawiera, poczynając głównie od noweli z 1949 r., zupełnie odmienną treść, zwłaszcza że ustawodawca ludowy w zakresie przepisów procesowych karnych wprowadził daleko idące zmiany, będące wykładnikiem społeczno-politycznych przemian ustrojowych. Nowe instytucje procesowe, choć zaszczerpione na starym pniu prawodawczym, wywarły swój wpływ także na dawne instytucje, powodując wewnętrzną przemianę ich treści²⁴.

Jak wspomniano we wcześniejszym akapicie, daleko idące zmiany w procedurze karnej nastąpiły wraz z nowelizacją z 1949 r. Dlatego też, na potrzeby niniejszego opracowania, przedstawiona zostanie instytucja tymczasowego aresztowania na podstawie jednolitego tekstu kodeksu postępowania karnego z tego roku²⁵.

Styl piśmiennictwa z tamtego okresu mógł wskazywać na gwarancyjne aspekty obowiązujących przepisów, co jednak było tylko złudzeniem i nawet pobieżna ich analiza prowadziła do odmiennych wniosków.

Aresztowanie jako środek zapobiegawczy mogło nastąpić tylko w sprawach o przestępstwa, ze które kodeks karny przewidywał karę pozbawienia wolności (art. 10 Zasad postępowania karnego ZSRR i republik związkowych)²⁶.

²³ *Ibidem*, s. 138.

²⁴ S. Kalinowski, M. Siewierski, *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, Warszawa 1960, s. 5.

²⁵ Dz.U. 49.33.243 j.t.

²⁶ M. Strogowicz, *Proces karny*, Warszawa 1952, s. 293.

Art. 127 Konstytucji ZSRR z 1936 r. stanowił, że nikt nie może być pozbawiony swobody bez sankcji prokuratora lub postanowienia sądu²⁷. Zgodnie z tym aresztowanie w charakterze środka zapobiegawczego w śledztwie może nastąpić tylko pod warunkiem, iż postanowienie organu śledczego zostało zatwierdzone przez prokuratora²⁸. Norma ta znalazła również swój odpowiednik w kodeksie, a konkretnie w art. 159 § 1 – tymczasowe aresztowanie na mocy postanowienia sądu lub prokuratora. Zgodnie z § 2 prokurator może stosować tymczasowe aresztowanie tylko w toku śledztwa.

Po zatrzymaniu organy władzy miały 48 godzin na doręczenie podejrzanemu odpisu postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. Na postanowienie takie służyło zażalenie do sądu. Tymczasowe aresztowanie mogło trwać w toku śledztwa trzy miesiące, jednak prokurator okręgowy mógł przedłużyć ten okres do sześciu miesięcy. Istniała możliwość dalszego przedłużania tymczasowego aresztowania na kolejny czas oznaczony. Kompetencje w tym zakresie miał sąd właściwy do rozpoznania sprawy, ale przesłanka uprawniająca do tego była określona bardzo szeroko. Można było bowiem przedłużyć tymczasowe aresztowanie, jeżeli ze względu na szczególne okoliczności sprawy, śledztwa nie można było ukończyć w terminach wskazanych wcześniej.

Same podstawy stosowania tymczasowego aresztowania były określone nad wyraz szeroko. Do systemu prawnego wprowadzono instytucję obligatoryjnego („stосуje się”) stosowania tymczasowego aresztowania.

W sprawach o przestępstwa kontrrewolucyjne, szczególnie niebezpieczne dla ustroju państwowego, najbardziej niebezpieczne przestępstwa urzędnicze, gospodarcze przeciw osobie, przestępstwa majątkowe i wojskowe – aresztowanie może nastąpić także z powodu samego tylko niebezpieczeństwa społecznego danego przestępstwa, przy braku nawet innych wymienionych powodów²⁹.

Tymczasowe aresztowanie było również obligatoryjne w przypadku wydania w pierwszej instancji wyroku skazującego na karę pozbawienia wolności powyżej 2 lat albo w razie skazania przestępcy zawodowego lub recydywisty. Obligatoryjność stosowania tymczasowego aresztowania w przypadku wymienionych wyżej podstaw była ograniczona, przez co stawały się one względnie obligatoryjne. Sąd lub prokurator mogli odstąpić od stosowania tymczasowego aresztowania, gdy ze względu na szczególne okoliczności sprawy zastosowanie tymczasowego aresztowania można było uznać za niewskazane.

²⁷ <http://www.tarasei.narod.ru/konst1936.htm>, dostęp z dnia 12.01.2012 r.

²⁸ M. Strogowicz, *op. cit. Proces...*, s. 293.

²⁹ *Ibidem*.

Ponadto wyróżniono fakultatywne tymczasowe aresztowanie. Można je było zastosować, gdy:

- a. zachodziła uzasadniona obawa, że oskarżony będzie się ukrywał, nakłaniał do fałszywych zeznań albo w inny bezprawny sposób będzie się starał utrudnić postępowanie karne;
- b. oskarżony nie miał w kraju stałego miejsca zamieszkania, określonego źródła utrzymania lub nie można było ustalić jego tożsamości, albo
- c. oskarżony był przestępcą zawodowym lub recydywistą.

W zasadzie każde podejrzenie popełnienia przestępstwa mogło pociągać za sobą decyzję o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. Działo się tak z powodu nadmiernego rozbudowania podstaw stosowania tego środka, występowania obligatoryjności w przypadku szerokiego katalogu przestępstw oraz możliwości stosowania go zarówno przez sąd, jak i przez prokuratora (wcześniej taką decyzję mógł wydać wyłącznie sąd).

5. Tymczasowe aresztowanie w kodeksie postępowania karnego z 1969 r.

Po licznych nowelizacjach kodeks postępowania karnego z 1928 r. przestał formalnie obowiązywać z dniem 1 stycznia 1970 r., kiedy weszła w życie Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego³⁰.

Dalsze rozważania na temat tymczasowego aresztowania będą oparte na tekście pierwotnym ustawy.

Tymczasowe aresztowanie zostało opisane w rozdziale 24. – „Środki zapobiegawcze”. Stosować je mógł sąd oraz prokurator, przy czym kompetencje sądu w tym zakresie nie były niczym ograniczone, a kompetencje prokuratora były ograniczone jedynie do postępowania przygotowawczego. Nadzór nad przestrzeganiem środków przymusu miał prokurator, kompetencje te na gruncie postępowania przygotowawczego nie mogły być zakłócone przez sąd³¹.

Przesłanka ogólna stosowania środków zapobiegawczych, a więc odnosząca się do wszystkich środków w katalogu, była określona w art. 209: „środki zapobiegawcze można stosować [...], jeżeli dowody zebrane przeciwko oskarżonemu dostatecznie uzasadniają, że popełnił on przestępstwo”. Ten przepis odnosił się do wszystkich środków, a więc także do tymczasowego aresztowania.

Ponadto w stosunku do tymczasowego aresztowania, kodeks wymagał zaistnienia dodatkowo chociaż jednej przesłanki szczególnej. Znajdowały się one w art. 217 § 1-§ 3.

³⁰ Dz.U. 69.13.96.

³¹ S. Waltoś, *Proces karny – zarys systemu*, Warszawa 1985, s. 275.

Na gruncie kodeksu z 1969 r. można było wyróżnić obligatoryjne i fakultatywne tymczasowe aresztowanie z perspektywy przesłanek stosowania.

Fakultatywne może nastąpić, jeżeli (art. 217 § 1):

1. zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie się ukrywał, zwłaszcza wówczas, gdy nie ma on w kraju określonego miejsca zamieszkania lub nie można ustalić jego tożsamości, albo:
2. zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do fałszywych zeznań lub w inny sposób starał się utrudniać postępowanie karne, albo:
3. oskarżonemu zarzucono zbrodnię lub działanie w warunkach powrotu do przestępstwa określonych w kodeksie karnym, albo:
4. oskarżonemu zarzucano czyn, którego stopień społecznego niebezpieczeństwa jest znaczny.

Według S. Waltosia, przesłanki zawarte w punktach 3 i 4 zawierały elementy represji zamiast głównej zasady prewencji. Autor ten wyrażał obawę, że przesłanki te mogą być stosowane instrumentalnie i przywoływał badania wskazujące, że główną przyczyną w postanowieniach o zastosowaniu tymczasowego aresztowania jest stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu (punkt 4), który jednak z reguły powołuje się w związku z obawą ukrywania się lub matactwa (punkty 1 i 2)³².

Tymczasowe aresztowanie obligatoryjne następowało, jeśli:

1. sąd pierwszej instancji skazywał oskarżonego na karę pozbawienia wolności powyżej 2 lat za przestępstwo popełnione z winy umyślnej lub powyżej 3 lat za przestępstwo popełnione z winy nieumyślnej (art. 217 § 3);
2. w postępowaniu przyspieszonym sąd przewidywał możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności powyżej roku lub orzeczonej obok kary pozbawienia wolności kary grzywny powyżej 25 000 tys. zł; sąd przekazywał wówczas sprawę prokuratorowi, stosując tymczasowe aresztowanie (art. 451 k.p.k.);
3. prowadzono przeciwko oskarżonemu postępowanie doraźne³³.

Zdaniem S. Waltosia, reguła ogólna z art. 209, statuująca stosowanie środków zapobiegawczych w celach zabezpieczenia prawidłowego toku procesu, dotyczyła wszystkich środków zawartych, w tym tymczasowego aresztowania. Jednak przepisy, w których znajdziemy przesłanki szczególne, pozwalają stosować tymczasowe aresztowanie wyłącznie w celach represyjnych – taki wniosek można wysnuć z art. 217 § 1 k.p.k. punkt 3 i 4. Wystarczającym bowiem powodem aresztowania mógł być zarzut popełnienia zbrodni, recydywy lub popełnienia

³² *Ibidem*, s. 279.

³³ *Ibidem*, s. 279.

czynu, którego stopień społecznego niebezpieczeństwa jest znaczny, mimo że nie zachodziła by obawa naruszenia prawidłowego toku procesu³⁴.

Przepis art. 213 wymagał ponadto kontrolowania, czy stosowany środek jest w dalszym ciągu konieczny, czy nie istnieją przesłanki uchylenia bądź zmiany na ten bardziej łagodny.

Zgodnie z art. 225 nie należy stosować tymczasowego aresztowania, jeżeli wystarczy środek łagodniejszy (poza wypadkiem, kiedy tymczasowe aresztowanie jest obowiązkowe).

Pomimo istnienia podstawy ogólnej i choć jednej szczególnej, w pewnych wypadkach należało zrezygnować z tymczasowego aresztowania. Przyczyną takiej rezygnacji były zakazy stosowania tymczasowego aresztowania. Kodeks postępowania karnego przewidywał zakaz bezwzględny i zakazy względne.

Zakaz bezwzględny polegał na niedopuszczalności tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym, jeżeli przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności do roku. Ograniczenie to nie ma jednak zastosowania, gdy nie można ustalić tożsamości oskarżonego (art. 217 § 2).

Zakaz względny przewidywał art. 218, stwierdzając, że jeżeli szczególne względy nie stoją temu na przeszkodzie, należy odstąpić od tymczasowego aresztowania, zwłaszcza, gdy pozbawienie oskarżonego wolności:

1. powodowałoby dla jego życia lub zdrowia poważne niebezpieczeństwo,
2. pociągałoby wyjątkowo ciężkie skutki dla oskarżonego i jego najbliższej rodziny.

Przepisy te miały szczególny charakter i stosowało się je nawet do przypadków obligatoryjnego tymczasowego aresztowania. Obligatoryjne tymczasowe aresztowanie było w rzeczywistości względnie obligatoryjne³⁵.

Biorąc powyższe pod uwagę, dziwić może fakt, że tymczasowe aresztowanie było stosowane w zdecydowanej większości przypadków (procent stosowania wszystkich środków zapobiegawczych z wyłączeniem zatrzymania), np. 1978 r. – 72%, 1979 r. – 75%, 1980 r. – 70,6%, 1981r. – 82%³⁶.

Na postanowienie sądu rozpoznającego zażalenie na prokuratorskie zastosowanie tymczasowego aresztowania przysługiwało zażalenie prokuratorowi i pokrzywdzonemu (już nie podejrzanemu). Na postanowienie sądu w sprawie zastosowania tymczasowego aresztowania przysługiwało pokrzywdzonemu, podejrzanemu, jak również prokuratorowi zażalenie do sądu wyższej instancji.

³⁴ *Ibidem*, s. 269-270.

³⁵ *Ibidem*, s. 283.

³⁶ *Ibidem*, s. 275.

Kodeks określał też czas trwania tymczasowego aresztowania. Został on w kodeksie rozwiązany w ten sposób, że określono trzy okresy tymczasowego aresztowania:

1. na czas nie dłuższy niż 3 miesiące; orzeczenie go należy do właściwości prokuratora, który stosuje tymczasowe aresztowanie (art. 222 § 1);
2. na czas nie dłuższy niż 6 miesięcy, wliczając do niego okres pierwszy; tymczasowe aresztowanie na ten okres może przedłużyć prokurator wojewódzki, jeśli ze względu na szczególne okoliczności sprawy nie można było ukończyć postępowania przygotowawczego w terminie 3 miesięcy (art. 222 § 2 pkt. 1);
3. na dalszy okres oznaczony; na ten czas tymczasowe aresztowanie może przedłużyć już tylko sąd wojewódzki, jeśli jest to niezbędne do ukończenia śledztwa, którego nie można było ukończyć ze względu na szczególne okoliczności sprawy (art. 222 § 2 pkt. 2); ten okres nie ma ograniczenia i można go przedłużać w miarę potrzeby, byle określić czas końcowy.

6. Zmiany dotyczące tymczasowego aresztowania po 1989 r.

Wraz ze zmianą systemu politycznego po 1989 r. przystąpiono do reformy prawa karnego, które przez okres PRL było wykorzystywane przez władzę komunistyczną do tłumienia demokratycznych dążeń Polaków. Tuż po wyborach 4 czerwca 1989 r. Komisja ds. Reformy Prawa Karnego przystąpiła do pracy nad stworzeniem nowych kodeksów (prawa karnego, postępowania karnego i karnego wykonawczego)³⁷. Kodeks postępowania karnego z 1969 r. był nowelizowany przez 31 ustaw, z tego 7 nowelizacji miało miejsce w pierwszych 18 latach obowiązywania kodeksu, a pozostałe 24 nowelizacje od roku 1989 do 1997.

Według A. Murzynowskiego nowelizujące przepisy dostosowały system posługiwania się tymczasowym aresztowaniem do europejskich i już dawno w naszej doktrynie postulowanych standardów zabezpieczenia oskarżonego (podejrzanego) przed nieuzasadnionym prewencyjnym pozbawieniem go wolności i zrywały w sposób radykalny z dawnymi regulacjami prawnymi, wywodzącymi się z epoki państwa totalitarnego, czyniącego z tego środka zapobiegawczego swoisty instrument represji karnej³⁸.

Kolejną sprawą było przetestowanie przepisów tej materii przed wejściem w życie nowego kodeksu postępowania karnego³⁹.

³⁷ S. Waltoś, W *dziesięciolecie kodeksu postępowania karnego z 1997 r.* [w:] Piotr Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 22.

³⁸ A. Murzynowski, *Refleksje na temat zmian w przepisach dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania*, Prokuratura i Prawa 1997, nr 1, s. 7.

³⁹ *Ibidem*, s. 7.

A. Murzynowski uważa, że najważniejsze zmiany dotyczyły:

1. przekazania uprawnień do zastosowania tego środka zapobiegawczego do wyłącznej kompetencji sądu;
2. istotnego ograniczenia zakresu podstaw jego stosowania;
3. ograniczenia maksymalnego czasu jego stosowania terminami odnoszącymi się nie tylko, jak wcześniej, do postępowania przygotowawczego, ale nadto do momentu wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji.

Kompetencja do stosowania tymczasowego aresztowania wyłącznie przez sędziego była znana w polskim systemie prawnym. Wymóg ten był zachowany w kodeksie z 1928 r. i został przełamany dopiero nowelizacją z 1949 r. wraz z likwidacją instytucji sędziego śledczego, którego wszelkie kompetencje zostały przekazane prokuratorowi, także te dotyczące stosowania tymczasowego aresztowania⁴⁰.

Było to sprzeczne z art. 9 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Cywilnych i Politycznych oraz art. 5 ust. 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Nakazują one niezwłocznie doprowadzić osobę pozbawioną wolności do sędziego lub innego urzędnika uprawnionego do wykonywania władzy sądowej, który powinien zdecydować o dalszym pozbawieniu jej wolności. Za takiego urzędnika nie można było uznać prokuratora. Pełnił on bowiem funkcje ścigania w procesie karnym oraz strony oskarżycielskiej, a ponadto nie korzystał ze statusu organu w pełni niezawisłego, co jest niezbędnym warunkiem sprawowania władzy sądowej⁴¹.

W statystykach stosowania tymczasowego aresztowania Polska wypadła bardzo niekorzystnie. W krajach Europy zachodniej liczba tymczasowo aresztowanych wynosiła w 1988 r. przeciętnie 21 osób na 100 tys. mieszkańców. W skrajnych przypadkach nie przekraczała, poza Maltą, 40. W Polsce przed zmianą ustroju w 1974 r. wynosiła nawet 93 osoby na 100 tys. mieszkańców⁴².

Nowela kodeksu postępowania karnego z czerwca 1995 r. w istotnym stopniu ograniczyła zakres podstaw tymczasowo aresztowania, co miało wpłynąć na oględniejsze posługiwanie się tym drastycznym środkiem zapobiegawczym⁴³.

Zlikwidowano najbardziej ogólną podstawę, na którą najczęściej powoływano się przy stosowaniu tymczasowego aresztowania – „oskarżonemu zarzuca się popełnienie czynu o znacznym stopniu społecznego niebezpieczeństwa”. Zrezygnowano też z obligatoryjnego stosowania

⁴⁰ *Ibidem*, s. 8.

⁴¹ *Ibidem*, s. 9.

⁴² *Ibidem*, s. 14.

⁴³ *Ibidem*.

tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego skazanego już przez sąd za przestępstwo nieumyślne na pozbawienia wolności⁴⁴.

Poza ściśle procesowymi podstawami stosowania tymczasowego aresztowania wprowadzono omawianą nowelą § 3 art. 217 k.p.k. pozwalający na zastosowanie tymczasowego aresztowania z powodu uzasadnionej obawy, że oskarżony (podejrzany) ponownie popełni zbrodnię lub występki umyślne, zagrożony karą co najmniej 8 lat pozbawienia wolności, przeciwko życiu i zdrowiu lub powszechnemu niebezpieczeństwu. To nowe przestępstwo miało być łączne z czynem już popełnionym, a nie jako podstawa do aresztowania stosowana wobec recydywistów⁴⁵.

Ustawa z czerwca 1995 r. dotyczyła także terminów stosowania tymczasowego aresztowania. Charakteryzowała się dwoma ważnymi zmianami. Po pierwsze, terminom nadano w dużej mierze nieprzekraczalny charakter – poza pewną ustawowo określoną granicę mogą być przedłużane przez Sąd Najwyższy tylko w kilku wyczerpująco przez ustawę określonych sytuacjach. Po drugie, terminy, które poprzednio obowiązywały tylko w toku postępowania przygotowawczego, zostały obecnie rozciągnięte także na postępowanie przed sądem pierwszej instancji, aż do momentu wydania przez ten sąd pierwszego wyroku skazującego. Terminy wynosiły rok dla postępowania przygotowawczego oraz półtora roku przy występkach i dwa lata przy zbrodniach, do momentu wydania wyroku przez sąd pierwszej instancji⁴⁶. Nie miały one charakteru bezwzględne. W pewnych sytuacjach Sąd Najwyższy mógł je jeszcze przedłużyć⁴⁷.

7. Tymczasowe aresztowanie w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.

Zwieńczeniem prac Komisji ds. Reformy Prawa Karnego było uchwalenie przez Sejm trzech nowych kodeksów – karnego, postępowania karnego i karnego wykonawczego. Nowy kodeks postępowania karnego z 6 czerwca 1997 r. utrwalił już daleko idące zmiany przepisów dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, jakie zostały dokonane nowelą dawnego kodeksu postępowania karnego z dnia 29 czerwca 1995 r.⁴⁸.

Tymczasowe aresztowanie zostało opisane w rozdziale 28 – „Środki zapobiegawcze”. Stosuje je tylko i wyłącznie sąd na wniosek prokuratora. Jedynym sądem władnym do stosowania

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 15.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 20.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 20.

⁴⁸ A. Murzynowski, *Węzłowe problemy tymczasowego aresztowania w świetle przepisów nowego Kodeksu postępowania karnego* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Warszawa 1997, s. 89.

tego środka jest sąd orzekający w sprawie. Kontrola stosowania i utrzymania środków zapobiegawczych jest dokonywana zarówno z urzędu, jak i na wniosek⁴⁹.

Przesłanka ogólna stosowania środków zapobiegawczych, a więc odnosząca się do wszystkich środków w katalogu, jest określona w art. 249 § 1:

Środki zapobiegawcze można stosować w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa; można je stosować tylko wtedy, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo.

Ten przepis odnosi się do wszystkich środków, a więc także do tymczasowego aresztowania. Zebrane dowody powinny wskazywać duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa, a nie całkowicie je potwierdzać⁵⁰.

Kodeks wymaga, aby obok podstawy ogólnej, pozwalającej rozważać stosowanie środków zapobiegawczych, zaistniała przesłanka szczególna. Przesłanki szczególne tymczasowego aresztowania zostały określone w art. 258 § 1 oraz 666 § 1⁵¹. Zastosowanie środka zapobiegawczego uzależnione jest więc od kumulatywnego spełnienia przesłanki ogólnej i co najmniej jednej przesłanki szczególnej⁵².

Tymczasowe aresztowanie może nastąpić:

1. gdy zachodzi uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy, gdy nie można ustalić jego tożsamości albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu (tzw. obawa ucieczki). Nie można tej obawy uzasadniać tylko grożącym wymiarem kary; takie uzasadnienie może istnieć dopiero w sprawach, w których stosownie do art. 258 § 2, oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub umyślnego występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą. Zarzut popełnienia takiego przestępstwa lub skazanie przez sąd pierwszej instancji nie są samodzielnymi podstawami tymczasowego aresztowania;
2. gdy zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne, tzw. obawa matactwa (258 § 1 pkt. 2);

⁴⁹ M. Czajka, A. Świątłowski, *Prawo w diagramach. Kodeks postępowania karnego*, Warszawa – Bełsko-Biała 2009, s. 99-100.

⁵⁰ Postanowienie SN z 3 września 1999 r., II KZ 81/99, niepubl.

⁵¹ S. Waltoś, *Proces karny – zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 432.

⁵² R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna.*, wyd. 7, Warszawa 2009, s. 263.

3. wyjątkowo także wtedy, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, a zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził⁵³.

Pomimo istnienia podstawy ogólnej i choć jednej szczególnej, w pewnych wypadkach należy zrezygnować z tymczasowego aresztowania. Przyczyną takiej rezygnacji są zakazy stosowania tymczasowego aresztowania.

Zakazy względne stosowania tymczasowego aresztowania zostały określone w artykule 259 k.p.k.. Ponadto kodeks zawiera szereg rozwiązań szczegółowych odnoszących się do osoby aresztowanego, które modyfikują sposób wykonywania tymczasowego aresztowania lub nakładają na organy procesowe szczególne obowiązki. Rozwiązania te mają charakter humanitarny (np. art.: 260, 261, 262).

Na każde postanowienie w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania przysługuje zażalenie do sądu. Zażalenie przysługuje oskarżonemu (podejrzanemu) tylko raz na jedno postanowienie. Powinno być wniesione w zawitym terminie siedmiodniowym, od dnia doręczenia mu odpisu postanowienia. Ponadto prokurator i obrońca mają prawo wziąć udział w posiedzeniu sądu dotyczącym przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie tego środka zapobiegawczego. Niestawiennictwo obrońcy lub prokuratora należycie zawiadomionych o terminie nie tamuje rozpoznania sprawy (art. 249 § 5).

Kodeks wprowadził maksymalne terminy trwania tymczasowego aresztowania. Występują trzy okresy tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym oraz trzy okresy w postępowaniu sądowym⁵⁴.

W postępowaniu przygotowawczym:

1. na okres nie dłuższy niż 3 miesiące; orzeczenie go należy do właściwości sądu rejonowego, który stosuje tymczasowe aresztowanie (art. 263 § 1);
2. na okres do 12 miesięcy, wliczając do niego okres pierwszy; tymczasowe aresztowanie na ten okres można przedłużyć, jeśli ze względu na szczególne okoliczności sprawy nie można było ukończyć postępowania przygotowawczego w terminie 3 miesięcy (art. 263 § 2); na wniosek prokuratora może przedłużyć je sąd pierwszej instancji;
3. na dalszy okres oznaczony, przekraczający 12 miesięcy; dokonać może tego sąd apelacyjny, w którego okręgu prowadzi się postępowanie, na wniosek sądu, przed którym sprawa się toczy, a w postępowaniu przygotowawczym na wniosek właściwego prokuratora bezpośrednio przełożonego wobec prokuratora prowadzącego lub nadzorującego

⁵³ S. Waltoś, *Proces...*, op. cit., s. 437.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 440.

śledztwo, jeżeli konieczność taka powstaje w związku z zawieszeniem postępowania karnego, czynnościami zmierzającymi do ustalenia lub potwierdzenia tożsamości oskarżonego, wykonywaniem czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawiłości lub poza granicami kraju, a także celowym przewlekaniem postępowania przez oskarżonego (art. 263 § 4)⁵⁵.

Maksymalne okresy postępowania sądowego zostały przez ustawę oznaczone łącznie z okresami maksymalnymi postępowania przygotowawczego:

1. w myśl art. 263 § 3 łączny okres stosowania tymczasowego aresztowania do chwili wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji nie może przekroczyć 2 lat;
2. maksymalny okres tymczasowego aresztowania w postępowaniu głównym może zostać wyjątkowo przedłożony na czas oznaczony przez sąd apelacyjny, w którego okręgu toczy się postępowanie, na wniosek sądu, przed którym sprawa się toczy, z tych samych powodów, co w razie wyjątkowego przedłużenia tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym na okres powyżej roku;
3. w postępowaniu sądowym, po wydaniu pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji, pojawia się natomiast inny rygor. Każdorazowe przedłużenie w dalszych etapach procesu może bowiem następować na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy⁵⁶.

Ponadto kodeks postępowania karnego zawiera szczegółowe przepisy, których odpowiedników nie było we wcześniejszych ustawach procesowych, a mają one pośredni wpływ na stosowanie tymczasowego aresztowania. Należą do nich m.in. szczególne wymagania dotyczące uzasadnień postanowień w przedmiocie stosowania bądź przedłużenia tymczasowego aresztowania.

8. Tymczasowe aresztowanie w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego

Działająca przy ministrze sprawiedliwości Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego również zajęła się problemem dotyczącym tymczasowego aresztowania i przygotowała projekt zmian postępowania karnego, który zawiera przepisy dotyczące tego środka⁵⁷.

Z racji dużej szczegółowości nowych przepisów nie zostanie tutaj przedstawiona całość proponowanych zmian, ale rozważania ograniczone będą jedynie do wskazania kierunków

⁵⁵ *Ibidem*, s. 440, 441.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 442.

⁵⁷ Projekt i jego uzasadnienie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/>, dostęp z dnia 6.11.2011 r.

zmian określonych w uzasadnieniu do projektu oraz do omówienia kilku przykładowych przepisów.

Nowe przepisy czytane osobno nie dają pełnego obrazu nowej regulacji. Nie bez znaczenia dla odbioru tych rozwiązań są też zmiany w innych rozdziałach kodeksu postępowania karnego. W uzasadnieniu projektu przeczytamy:

Zmiany w zakresie środków przymusu, które to środki wkraczają w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności osobistych, mają na celu uściślenie wymogów stosowania tzw. zatrzymania prokuratorskiego, wzmocnienie pozycji oskarżonego, ograniczenie stosowania najsurowszego z tych środków, czyli tymczasowego aresztowania, doprecyzowanie wymogów wniosku o zastosowanie tego środka, jak i uzasadnienia jego stosowania (...)⁵⁸.

W dalszej części:

Zmiany w zakresie środków zapobiegawczych obejmują kilkanaście przepisów kodeksu i obostrzają wymogi stosowania najsurowszego z nich, czyli tymczasowego aresztowania, precyzyjnie określając też podstawy stosowania wszystkich środków zapobiegawczych, zasady żalenia się na nie i wzmacniają w tej sferze prawo do obrony⁵⁹.

Aby zobrazować charakter projektowanych zmian można wskazać przykładowo na treść nowelizowanego art. 252 § 3 k.p.k. Obecnie stanowi on, że zażalenie na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego sąd rozpoznaje niezwłocznie. Natomiast zmiana w § 3 art. 252 k.p.k., polega na uzupełnieniu tego przepisu o wskazanie, że – gdy dotyczy ono tymczasowego aresztowania, – winno to nastąpić „nie później niż przed upływem 7 dni” od przekazania tego zażalenia wraz z aktami sądowi odwoławczemu. Zmiana ta ma na celu ograniczenie przypadków przedłużającego się trwania procedury rozpoznawania zażalenia.

Inna zmiana, którą można tutaj wskazać, dotyczy art. 259 § 3. Obecnie stanowi on, że tymczasowe aresztowanie nie może być stosowane, jeżeli przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku, chyba że sprawca został ujęty na gorącym uczynku lub bezpośrednio potem. Projekt zmiany w tym zakresie podnosi granicę zagrożenia karą pozbawienia wolności do 2 lat, poniżej której nie można zastosować tymczasowego aresztowania. Ponadto wyłączona została możliwość zastosowania tego środka w przypadku ujęcia sprawcy na gorącym uczynku lub w pościgu podjętym bezpośrednio potem. Zmiana ta

⁵⁸ *Ibidem*, s. 22.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 23.

ma ograniczyć stosowanie tymczasowego aresztowania w sprawach błahych, w których później i tak nie jest orzekana bezwzględna kara pozbawienia wolności.

Wskazane przepisy są jedynie małym wycinkiem kompleksowej nowelizacji procedury karnej i dla ujrzenia pełnego ich obrazu konieczne jest zapoznanie się z całością przygotowanych nowości, na co w niniejszym opracowaniu nie ma miejsca.

Patrząc jednak całościowo na zmiany w zakresie środków przymusu, a w szczególności w przypadku tymczasowego aresztowania, wydaje się, że idą w dobrym kierunku i ich wprowadzenie nie jest dziełem przypadku, a wynikiem dogłębnej analizy wad obecnego systemu prawnego. Każda z zaproponowanych zmian, może wpłynąć na redukcję stosowania tymczasowego aresztowania. Przedstawione przepisy trudno uznać za rewolucyjne, zdaje się, że projektodawcy wyszli z założenia, że *in abstracto* obecna regulacja dotycząca tej tematyki jest dobra, a zły jest jedynie sposób interpretacji przepisów przez organy procesowe. Większość więc zmian stanowić będzie ograniczenie dotychczasowej błędnej praktyki poprzez wprowadzenie nowych rozwiązań pozbawiających możliwości wadliwej interpretacji.

g. Zakończenie

Obecnie obowiązująca regulacja prawna dotycząca tymczasowego aresztowania jest bardziej rozbudowana w porównaniu do wcześniejszych ustaw procesowych. Mimo to w dalszym ciągu nie jest to regulacja optymalna i ciągle istnieją problemy związane ze stosowaniem tego najdonioślejszego środka zapobiegawczego. Liczne przepisy o gwarancyjnym charakterze, na gruncie obowiązującej już 13 lat nowej procedury karnej, nie zapobiegły nadużywaniu stosowania tymczasowego aresztowania.

Problemy występujące przy stosowaniu tymczasowego aresztowania zostały zauważone również przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, która ma realny wpływ na kierunek zmian w prawie. Wszystkie przepisy proponowane w przygotowanym projekcie mają na celu ograniczenie stosowania tymczasowego aresztowania i uzdrowienie polskiej regulacji w tym zakresie. Zbyt naiwnym byłoby twierdzenie, że projekt rozwiąże wszystkie problemy dotyczące tej kwestii. Większość przepisów wydaje się wprowadzać jedynie kosmetyczne zmiany. Nie wprowadzono nowych środków zapobiegawczych, nie zmodyfikowano znacznie przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania, nie wprowadzono bezwzględnych zakazów jego stosowania, nie określono również postulowanych czasami bezwzględnie maksymalnych okresów jego stosowania. Jednak gwarancyjny charakter zmian pozwala przypuszczać, że wraz z wejściem ich w życie zostanie ograniczona liczba oraz czas trwania tymczasowego aresztowania.

Tymczasowe aresztowanie było, jest i będzie w najbliższym czasie najskuteczniejszym środkiem zapobiegawczym. Dotychczasowe próby ograniczenia jego stosowania nie przynosiły

zamierzonych efektów. Żaden bowiem z pozostałych środków zapobiegawczych, nie stanowi dla niego realnej alternatywy.

Z pomocą może przyjść rozwój techniki, który pozwoli w mniej inwazyjny sposób skutecznie zabezpieczyć tok postępowania karnego. Powyższe uwagi pozwalają przypuszczać, że jeszcze przez długi czas tematyka tymczasowego aresztowania będzie stanowiła wyzwanie dla ustawodawcy.

Kiedy ciało jest więzieniem a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem kryterium ustalenia płci

1. Sytuacja osób transseksualnych

1.1. Potrzeba regulacji

W Polsce według różnych szacunków żyje od kilkuset do kilku tysięcy osób transseksualnych². Mimo niewielkiej liczebności tej grupy konieczność pochylenia się nad problemami, z którymi

¹ Autor jest studentem V roku prawa i II roku ekonomii.

² Por. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, PiP 1987, nr 7, s. 67; M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu* [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, pod red. M. Filara, Toruń 1987, s. 83. Nie ma aktualnych wyników badań szacujących liczbę osób transseksualnych w Polsce. Samo takie oszacowanie jest trudne ze względu na możliwość przyjęcia różnorodnych kryteriów oraz okoliczność, że osoby te stanowią jedynie niewielką część populacji osób transgender (por. np. S. Whittle OBE et al., *Transgender EuroStudy: Legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, 2008, s. 13, <http://www.tgeu.org/sites/default/files/euro-study.pdf>, 26.01.2012; C. Weitze, S. Osburg, *Empirical Data on Epidemiology and Application of the German Transsexuals' Act During Its First Ten Years*, *The International Journal of Transgenderism*, vol. 2, nr 1, styczeń-marzec 1998, <http://www.iiv.nl/eazines/web/ijt/97-03/numbers/symposion/ijtc0303.htm#Results>, 26.01.2012.). W USA oraz Europie Zachodniej wyraźny jest trend wzrostowy w odniesieniu do liczby osób, które podejmują działania zmierzające do uzgodnienia płci biologicznej z płcią psychiczną, co wydaje się jednak wynikać z rosnącej akceptacji i społecznego zrozumienia ich potrzeb, a nie z rzeczywistego wzrostu liczebności tej grupy (por. np. B. Reed et al., *Gender Variance in the UK: Prevalence, Incidence, Growth and Geographic Distribution*, 2009, s. 13 i n., <http://www.gires.org.uk/assets/Medpro-Assets/GenderVarianceUK-report.pdf>, 26.01.2012; S. Whittle OBE et al., *Transgender EuroStudy...*, s. 64 i n.). O ile do niedawna niemal powszechnie przyjmowano, że stosunek liczby osób transseksualnych do reszty populacji wynosi 1: kilkudziesięciu/kilkuset tysięcy, o tyle najnowsze badania wskazują na znaczne zaniżanie liczebności tej grupy w dotychczasowych badaniach. Por. np. L. Conway, *How Frequently Does Transsexualism Occur*, referat wygłoszony na konferencji World Professional Association for Transgender Health, Inc w 2007 r., <http://ai.eecs.umich.edu/people/conway/TS/TSprevalence.html>, 26.01.2012.

borykają się jej członkowie wydaje się oczywista, gdyż „poziom kultury prawnej społeczeństwa rozpoznać można właśnie po ustosunkowaniu się do problemów mniejszości, jej sytuacja bowiem z samej swej natury jest szczególnie ciężka”³. Przytoczona opinia M. Filara jest wyjątkowo trafna w odniesieniu do sytuacji osób transseksualnych w Polsce, polski ustawodawca bowiem od dziesiątek lat (przynajmniej od lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia, kiedy to wydane zostało pierwsze orzeczenie sądu w tym przedmiocie) przechodzi nad ich problemami do porządku dziennego, nie podejmując żadnych prób ich rozwiązania. Jest to szczególnie dotkliwie przez nie odczuwane w odniesieniu do procedury korekty płci. Ze względu na rozległość tematu zasadniczo temu zagadnieniu jest poświęcony niniejszy tekst, a zwłaszcza jednemu z aspektów tej procedury, jakim jest kryterium ustalenia płci, aczkolwiek w celu dopełnienia obrazu sytuacji osób transseksualnych zostaną zasygnalizowane również problemy, z którymi mierzą się one już po zabiegu adaptacyjnym i zmianie płci metrykalnej, a które wynikają z braku stosownej legislacji. A to jest właśnie główna bolączka obecnego stanu prawnego w Polsce – nie istnieją szczególne regulacje w tym zakresie, a stosowanie obowiązujących przepisów prowadzi do rezultatów niedoskonałych i często krzywdzących osoby zainteresowane.

1.2. Uwagi terminologiczne

Przed przystąpieniem do analizy prawnych aspektów procedury zmiany płci konieczne jest poczynienie kilku uwag terminologicznych, gdyż dla wielu osób kwestie te są niejasne i wywołują wiele nieporozumień. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że praca ta traktować będzie o sytuacji osób transseksualnych, czyli osób, których psychiczne poczucie przynależności do określonej płci nie odpowiada biologicznym właściwościom ciała, co wywołuje u nich silne pragnienie korekty ciała prowadzącej do uzgodnienia płci biologicznej z płcią psychiczną. Najpopularniejszą w polskiej literaturze definicję transseksualizmu stworzył K. Imieliński, wg którego: „transseksualizm [...] oznacza rozbieżność między poczuciem psychicznym płci a budową morfologiczno-biologiczną oraz płcią socjalną (metrykalną), które odczuwane są jako «obce i należące do płci przeciwnej»”⁴. Ta definicja wymaga jednak dalszych wyjaśnień. Przede wszystkim wskazuje na niejednoznaczność terminu „płeć”. Współczesna nauka nie postrzega bowiem płci jako monolitycznej właściwości człowieka, wręcz przeciwnie, wyróżnia: płeć

³ M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS 1996, nr 1, s. 74.

⁴ K. Imieliński, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1982, s.253. W Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych opracowanej przez WHO, w wersji klasyfikacyjnej ICD-10, transseksualizm opisany jest w następujący sposób: „Pacjent pragnie żyć i być akceptowany jako przedstawiciel płci przeciwnej, czemu towarzyszy zazwyczaj uczucie niezadowolenia (dyskomfort) z powodu niewłaściwości własnych anatomicznych cech płciowych oraz chęć poddania się leczeniu hormonalnemu czy operacyjnemu, by własne ciało uczynić możliwie najbardziej podobnym do ciała płci preferowanej”, Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych, Rewizja Dziesiąta, Tom I, Kraków 2000, s. 344.

biologiczną (w ramach której można z kolei wyróżnić w oparciu o odpowiednie kryteria płęć chromosomalną-genotypową, gonadalną, hormonalną, metaboliczną, mózgową, gonadoforyczną, zewnętrznych narządów płciowych czy somatotypową-fenotypową⁵), płęć społeczno-kulturową, płęć socjalną (metrykalną, prawną), płęć psychiczną. Istotne jest to, że poszczególne rodzaje płci w odniesieniu do konkretnej osoby nie muszą się pokrywać. Osoba o męskich zewnętrznych narządach płciowych może czuć się kobietą i odwrotnie. Ponadto, zagadnienie transseksualizmu nie ma nic wspólnego z interseksualizmem (hermafrodytyzmem), czyli sytuacją, kiedy osoba ma zarówno męskie, jak i żeńskie gonady, czy obojnactwem rzekomym, czyli przypadkiem, kiedy zachodzi niezgodność między gonadami a drugo- i trzeciorzędowymi cechami płciowymi⁶ (cechy płciowe dzielą się na: pierwszorzędowe – odrębność gonad, drugorzędowe – odrębność dróg płciowych i zewnętrznych narządów płciowych, trzeciorzędowe – odmienność postaci, takich jak owłosienie, postura⁷). W przypadku osób transseksualnych płęć biologiczna jest zasadniczo jednoznaczna. Wreszcie należy dodać, że transseksualizm to zagadnienie dotyczące identyfikacji płciowej, a nie sfery seksualności, dlatego też nie ma nic wspólnego z orientacją seksualną czy zaburzeniami seksualnymi, jak np. transwestytyzm.

1.3. Terapia osób transseksualnych

Niezgodność między płcią psychiczną a płcią biologiczną jest źródłem wielkiego cierpienia osób transseksualnych. Nie są wśród nich rzadkie przypadki samookaleczenia czy samobójstwa. Badania przeprowadzone w Polsce w latach osiemdziesiątych na grupie 200 osób transseksualnych wykazały, że ponad 90% miało myśli i tendencje samobójcze, a 55% podejmowało próby samobójcze⁸. Obecny stan wiedzy pozwala na usunięcie tej niezgodności tylko w jeden sposób – poprzez dokonanie zabiegu adaptacyjnego, zmieniającego na tyle, na ile jest to możliwe, płęć biologiczną takiej osoby i tym samym doprowadzającego do jej zgodności z płcią psychiczną. Wszelkie inne metody terapeutyczne takie jak psychoanaliza, hipnoza, awersyjne przewarunkowanie, terapia behawioralna, farmakoterapia okazały się bezskuteczne⁹. Zmiana właściwości fizycznych i biologicznych pozwala osobom transseksualnym normalnie funkcjonować w roli społecznej zgodnej z ich płcią psychiczną. Badania przedstawione przez S. Dulkę

⁵ Por. S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77*, OSPiKA 1983, nr 10, poz. 217, s. 516, 517; A. Strzelecka, *Związek pomiędzy poczuciem płci psychicznej a biologicznej*, Rozdział I – Płęć a Rodzaj, http://transfuzja.org/pl/artykuly/zwiazek_pomiedzy_poczuciem_płci_psychicznej_a_biologicznej/rozdzial_i_plec_a_rodzaj.htm, 26.01.2012.

⁶ K. Imieliński (red.), *Seksuologia. Zarys encyklopedyczny*, Warszawa 1985, s. 266–267.

⁷ S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa...*, s. 217.

⁸ Por. K. Imieliński, S. Dulko, *Transseksualizm a rodzina. Analiza 200 przypadków*, [w:] *Prawo a medycyna...*, s. 105.

⁹ Por. S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany płci w drodze sądowej*, Nowe Prawo 1982, nr 9–10, s. 71; P. Daniluk, *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, Prawo i Medycyna 2007, nr 1 (26, vol.9), s. 102.

dowodzą, że już sama zmiana płci metrykalnej, bez dokonania zabiegu adaptacyjnego, przynosi wymierne efekty terapeutyczne¹⁰. Niech za przykład posłuży cytat z jego publikacji opisujący sytuację osoby transseksualnej pooperacyjnej typu m/k (czyli osoby o fizycznych znamionach płci męskiej i poczuciu przynależności do płci żeńskiej; odwrotny przypadek określa się skrótem k/m): „[...] pacjentka jest spokojna, pogodna, przystępna, w dobrym kontakcie słownym.[...] Ma bogate życie towarzyskie, powodzenie u mężczyzn. Prowadzi życie płciowe. Przeżywa orgazm. [...] Aktualnie ma stałego partnera, myśli o małżeństwie. Zmieniła też pracę. Żywo interesuje się osobami w podobnej sytuacji, pomaga, doradza”¹¹.

Procedura uzgodnienia płci w Polsce opisana została poniżej, przy czym z powodów dalej przedstawionych nierzadko ma inny lub niezupełny przebieg. Pierwszym etapem jest postawienie diagnozy przez lekarza seksuologa. Często wizyta u lekarza poprzedzona jest wykonaniem dodatkowych badań przez osobę zainteresowaną, takich jak konsultacje psychologiczne, psychiatryczne, tomografia komputerowa, EEG, badanie krwi, poziomu hormonów itp. W innych przypadkach to lekarz seksuolog przed postawieniem diagnozy kieruje na specjalistyczne badania. Po zdiagnozowaniu transseksualizmu następuje terapia hormonalna wywołująca pierwsze zmiany w trzeciorzędowych cechach płciowych (zmiana rysów twarzy, dystrybucji tłuszczu w organizmie, zmiana wysokości głosu i pojawienie się zarostu u transseksualistów typu k/m). Już na tym etapie osoby transseksualne odczuwają pewną ulgę, obserwując zmiany swojego ciała w kierunku przez nie pożądanym (przyjmowanie hormonów trwa do końca życia osoby transseksualnej). Ponadto niektórzy pacjenci i niektóre pacjentki przechodzą różnego rodzaju zabiegi kosmetyczne, takie jak plastyka nosa¹². Niekiedy kolejnym etapem u transseksualistów typu k/m jest zabieg mastektomii, czyli operacyjnego usunięcia piersi. Następnym krokiem jest tzw. sądowa zmiana płci. Temu etapowi przede wszystkim poświęcony jest tekst, dlatego jego szczegółowe omówienie znajdzie się w dalszej części pracy. Po jej przeprowadzeniu następuje wymiana dokumentów, odbywająca się równolegle do ostatniego etapu procesu uzgodnienia płci, którym jest operacja zmieniająca narządy płciowe, czyli zabieg adaptacyjny. U pacjentów typu m/k polega ona na utworzeniu pochwy z prącia i moszny. U osób typu k/m wymagane jest przeprowadzenie większej liczby zabiegów. Pierwszym z nich, po mastektomii, jest panhisterektomia, czyli usunięcie macicy. Drugą operacją jest neophalloplastyka polegająca na utworzeniu moszny i prącia. Jest to operacja skomplikowana i kosztowna, o rezultatach nierzadko odbiegających od oczekiwań pacjentów¹³. W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że zabieg adaptacyjny wywołuje nieodwracalne zmiany w postaci utraty

¹⁰ S. Dulko, *Stwierdzenie...*, s. 75.

¹¹ S. Dulko, *Stwierdzenie...*, s. 75.

¹² Por. M. Fajkowska-Stanik, *Operacyjna zmiana płci i inne rodzaje korekt stosowanych w przypadkach transseksualizmu*, *Psychiatria Polska* 1999, nr 6, s. 960.

¹³ Przebieg procedury zmiany płci na podstawie xL (artykuł napisany pod pseudonimem), *Jak wygląda zmiana płci w Polsce*, http://www.crossdressing.pl/main.php?lv3_id=820&lv1_id=9&lv2_id=7&lang=pl, 26.01.2012.

przez pacjenta lub pacjentkę zdolności płodzenia. Wytworzone chirurgicznie narządy płciowe dostarczają satysfakcji seksualnej, jednak nie pozwalają na prokreację. Niekiedy przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego zaleca się przeprowadzenie tzw. testu realnego życia, polegającego na czasowym funkcjonowaniu w roli społecznej odpowiadającej płci, do której przynależność odczuwa osoba transseksualna.

Procedura ta została w pewnym stopniu sformalizowana w Polsce w 1983 r., kiedy to na zjeździe specjalistów z różnych dziedzin nauk medycznych oraz prawników, zorganizowanym przez Klinikę Chirurgii Plastycznej AM w Łodzi, ogłoszono trzy zasady porządkujące procedurę zmiany płci u transseksualistów typu k/m¹⁴. Znamienne jest jednak to, że zasady te miały w dużej mierze charakter postulatów, gdyż brak było dla nich jasnego oparcia w obowiązującym prawie. W szczególności założono pierwszeństwo zmiany płci metrykalnej wobec zabiegu adaptacyjnego¹⁵.

2. Aktualny stan prawny

Jak już zostało wspomniane, polskie prawo zdaje się nie dostrzegać problemu osób transseksualnych. Wobec inercji polskiego legislatora rolę regulatora przejęły polskie sądy, twórczo interpretując obowiązujące prawo i starając się dostosować jego przepisy do niestandardowej sytuacji, jaką jest zmiana płci. Zasadniczo, jednak nie całkowicie, pominięte zostaną rozważania czysto doktrynalne, pojawiające się na gruncie obecnego stanu prawnego, a dotyczące aktualnej, cywilnoprawnej podstawy zmiany płci (przede wszystkim kwestii, czy jest to art. 31 PrASC czy art. 189 k.p.c.). Nie tylko dlatego, że Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 22 marca 1991 r.¹⁶ (oraz uzupełniającą go uchwałą z dnia 22 września 1995 r.¹⁷) ustalił praktykę, wedle której dokonuje się to na gruncie art. 189 k.p.c. i wiele już w tej kwestii pojawiło się wypowiedzi, zarówno krytycznych, jak i aprobujących, ale również dlatego, że przeważająca część ich autorów opowiada się za koniecznością stworzenia odrębnej ustawy poświęconej tej materii ze względu na

¹⁴ Por. J. Kruk-Jeromin i in., *Moralne i prawne problemy chirurgicznego leczenia chorych z transseksualizmem typu kobieta – mężczyzna*, [w:] *Prawo a Medycyna...*, s. 108.

¹⁵ Próbę ujednolicenia procedury terapeutycznej stosowanej w przypadku transseksualizmu podjęto Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (HBIGDA). Zaproponowało trzyetapowy proces, przedstawiony w *Standards of Care For Gender Identity Disorders, Sixth Version*, <http://www.wpath.org/documents2/socv6.pdf>, 26.01.2012. W najnowszej, siódmej wersji SOC, stowarzyszenie (które zmieniło nazwę na World Professional Association for Transgender Health – WPATH) zaprezentowało bardziej elastyczne podejście, przyjmując, że pomoc osobom transseksualnym wykracza poza zagadnienia terapii hormonalnej i zabiegu adaptacyjnego (por. *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, <http://www.wpath.org/documents/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH.pdf>, 26.01.2012).

¹⁶ III CRN 28/91; PS 1991, nr 5-6.

¹⁷ III CZP 118/95; OSP 1996, nr 4, poz. 78.

niedostatki dotychczasowych rozwiązań¹⁸. Zasadne wydaje się najpierw zwięzłe przedstawienie orzecznictwa, które ukształtowało procedurę tzw. sądowej zmiany płci.

Pierwszym rozstrzygnięciem w tej materii było orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z dnia 24 listopada 1964 r.¹⁹, który dopuścił analogiczne stosowanie przepisów o sprostowaniu aktu urodzenia w stosunku do zoperowanego transseksualisty. Sprostowanie to następować miało ze skutkiem *ex nunc* od daty dokonania zabiegu. Linię orzecniczą na długie lata ukształtowała jednak dopiero uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r.²⁰ Sąd stwierdził w niej, że dopuszczalne jest sprostowanie aktu urodzenia przez zmianę oznaczenia płci, wyjątkowo także przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny. Wyraził też przekonanie, że płeć człowieka determinowana jest nie tylko czynnikami fizycznymi i brak jest powodów dla przyznania im decydującego znaczenia. Stwierdził, że nie do pogodzenia z zasadą prawdy obiektywnej i potrzebą ochrony dóbr osobistych byłoby zmuszanie osoby do występowania w roli społecznej odmiennej od wskazywanej przez jej organizm. Jednoznacznie również uznał legalność zabiegów adaptacyjnych podyktowanych „rzeczywistą potrzebą organizmu”. Podejście to zostało radykalnie zmienione uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.²¹, której sentencji brzmiącej: „Występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć”, nadano moc zasady prawnej. W uchwale zauważono, że sprostowanie PrASC może nastąpić tylko wówczas, gdy wpis od początku był wadliwy i ma moc *ex tunc*. Niedopuszczalne jest zatem stosowanie tych przepisów wprost w przypadkach zmiany płci, jak również w drodze analogii. Sąd ponadto powołał się na zasadę niepodzielności stanu cywilnego, zgodnie z którą człowiek może mieć tylko jeden stan cywilny²², a ponadto na zasadę racjonalnego ustawodawcy, sugerując, że brak regulacji tej materii może być wyrazem dezaprobaty ustawodawcy wobec dotychczasowej praktyki sądowej. Niejednoznaczność rozstrzygnięcia spowodowała, że na jego gruncie pojawiły się wątpliwości co do dopuszczalności tzw. sądowej zmiany płci w ogóle, także w przypadku dokonanego już zabiegu adaptacyjnego. Istotnie, uchwała ta spowodowała zmniejszenie się liczby wykonywanych operacji, gdyż lekarze w obawie przed konsekwencjami prawnymi odmawiali ich przeprowadzenia bez uprzedniego postępowania sądowego w tym przedmiocie²³.

¹⁸ Postulat wprowadzenia stosownej regulacji zgłaszają m.in. M. Filar, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, PiP 1990, nr 10, s. 116; J. Pisuliński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, PiP 1991, nr 6, s. 112; J. Leszczyński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, PaL 1992, nr 3-4, s. 100, M. Safjan, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r.*, IIICRN 28/91, PS 1993, nr 2, s. 90. Przeciwno odrębnej regulacji opowiedział się A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, RPEiS 1988, z. 2, s. 39 i n.

¹⁹ II CR 515/64.

²⁰ III CZP 100/77; OSPiKA 1983, nr. 10, poz. 217.

²¹ III CZP 37/89; OSNCP 1989, nr 12, poz. 188.

²² Por. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000, s. 20.

²³ Por. M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 80.

W kolejnym postanowieniu, z dnia 22 marca 1991 r.²⁴, Sąd Najwyższy rozstrzygnął rozważane zagadnienie w duchu kompromisu, przyjmując, że przynależność do danej płci może być uznana za dobro osobiste, w związku z czym podlega ochronie w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c., nie stosuje się natomiast procedury sprostowania PrASC. Interesem prawnym, będącym podstawą powództwa, jest potrzeba prawidłowego ustalenia stanu osobistego powoda. Sąd jednocześnie ustalił dwa podstawowe warunki dopuszczalności sądowej zmiany płci: trwałość poczucia przynależności do określonej płci oraz brak kolizji z dobrami osobistymi osób trzecich. Orzeczenie, które zasadniczo powinno zapaść po operacji zmiany płci, ma skutek *ex nunc* i stanowi podstawę do wpisania stosownej wzmianki dodatkowej w PrASC (art. 21 PrASC). Postanowienie to, wyznaczające aktualny sposób postępowania sądów, zostało uzupełnione uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r.²⁵, w której Sąd stwierdził, że pozwanymi w procesie o ustalenie płci powinni być rodzice powoda, a w przypadku ich braku kurator.

Obecny stan prawny generuje mnóstwo problemów. Przytoczone orzeczenia wywołały dyskusję, w której pojawiły się głosy zarówno afirmatywne, jak i krytyczne co do przyjętych przez sądy rozwiązań. Jej przedmiotem były doniosłe zagadnienia prawne, których przedstawienie, choć z konieczności pobieżne, może okazać się przydatne dla rozważań nad przyszłymi działaniami legislacyjnymi. Ponadto brak specjalnej regulacji sprawia, że osoby, które dokonują zabiegu adaptacyjnego, borykają się z mnóstwem niedogodności. Problemy te nie są przedmiotem debaty akademickiej, ale ze względu na ich faktyczne znaczenie oraz dla zobrazowania potrzeby interwencji ustawodawcy, zostaną również omówione. Celem przedstawienia w dalszej części pracy różnorodnych zagadnień związanych z procesem zmiany płci będzie przede wszystkim wykazanie, że przyszła regulacja nie może jedynie przesądzać o trybie procedury zmiany płci, ale powinna mieć charakter kompleksowy, a jej wprowadzenie poprzedzone być powinno dokładną analizą problemu.

3. Niedostatki aktualnego stanu prawnego

Aby unaocznić niedostatki obecnego prawodawstwa, warto przytoczyć kilka trudności, z jakimi mierzyć się muszą osoby transseksualne pragnące dokonać zmiany płci metrykalnej.

Przedstawiona wcześniej procedura zmiany płci (nie tylko sądowa) w rzeczywistości różni się w zależności od sądu, gdyż określone przez Sąd Najwyższy przesłanki sądowej zmiany płci są na tyle ogólne, że wiele kwestii pozostawionych jest dyskrecjonalnej władzy sędziego.

²⁴ III CRN 28/91; PS 1991, nr 5-6, s. 118 i n.

²⁵ III CZP 118/95; OSP 1996, nr 4, poz. 78.

Sędziowie ustalają, czy konieczne są wcześniejsze zmiany fizyczne, a jeżeli tak, to jakie²⁶. Zatem to nie lekarz, a sędzia decyduje o zastosowaniu konkretnej procedury medycznej. Może to prowadzić do wyjątkowo niebezpiecznych sytuacji. Przykładowo, poddanie się terapii hormonalnej w celu wniesienia powództwa, z jednoczesnym nieusunięciem gonad, do którego to zabiegu lekarze wymagają dokonania zmiany płci metrykalnej, wzmacnia ryzyko wystąpienie choroby nowotworowej²⁷. Często również sami seksuolodzy arbitralnie ustalają, jakie zmiany są konieczne przed wniesieniem powództwa. Spowodowało to powstanie swoistego rynku, nieujętego w żadne ramy prawne. Także pozamedyczne kryteria dopuszczalności zmiany płci metrykalnej zależą w zupełności od sędziego. Zdarzają się np. wypadki odmowy zmiany płci ze względu na orientację homo- lub biseksualną osoby transseksualnej, jej plany związane z posiadaniem rodziny czy wizualną prezencją²⁸. Trudno uznać, że sytuacja taka jest zgodna z zasadą demokratycznego państwa prawnego²⁹.

Poza problemami proceduralnymi obecny stan prawny nie pozwala na rozstrzygnięcie wielu innych istotnych kwestii. Zwykle nie dostrzegamy, w ilu sytuacjach nasza płeć jest prawnie relewantna. Między innymi różnicuje wiek nabycia zdolności do zawarcia małżeństwa, wiek uprawniający do pobierania świadczeń emerytalnych, wpływa nawet na wysokość ubezpieczenia OC posiadacza pojazdu mechanicznego³⁰.

Większość autorów przyjmuje na przykład, że ustanie ewentualnego dotychczasowego małżeństwa powinno być warunkiem przeprowadzenia tzw. sądowej zmiany płci, w celu zapobieżenia pojawieniu się małżeństw jedнопłciowych³¹. Nie rozważają jednak dopuszczalności wymagania od osoby, która pragnie żyć w zgodzie ze swoją płcią, rozwiązania małżeństwa i czy niestandardowa sytuacja zmiany płci nie umożliwiałaby pewnych odstępstw w tej kwestii. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał w 2008 r. przepis niemieckiej ustawy uzależniający zmianę płci metrykalnej od niepozostawania w związku małżeńskim za niekonstytucyjny, ponieważ zmuszał on osoby pragnące dokonać takiej zmiany do wyboru pomiędzy dwoma fundamentalnymi, chronionymi przez konstytucję prawami – prawem do rozwoju osobistego

²⁶ Por. xL, *Jak wygląda...*

²⁷ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa – zagadnienia medyczne, społeczne i prawne*, [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, Warszawa 2010, pod red. A. Śledzińska-Simon, s. 28.

²⁸ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 27, 28.

²⁹ Wpływ niezrozumienia (a w istocie odmowy zaakceptowania) istoty transseksualizmu przez sędziów na wydawane przez nich decyzje został przedstawiony w literaturze amerykańskiej przez S.E. Keller w *Operations of Legal Rhetoric: Examining Transsexual and Judicial Identity*, Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review, Summer 1999, s. 329 i n.

³⁰ Różnicowanie wysokości ubezpieczenia OC ze względu na płeć będzie od 21 grudnia 2012 r. niezgodne z Dyrektywą Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług; Por. Wyrok ETS z 1 marca 2011 r., C-236/09.

³¹ Tak m.in. Z. Radwański, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego Izba cywilna i Administracyjna z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, OSP 1991, nr 2, poz. 35, s. 66; P. Daniluk, *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów (Uwagi de lege ferenda)*, PiP 2007, nr 5, s. 79.

(art. 2 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN) oraz prawem do małżeństwa (art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN)³². Za niekonstytucyjne uznał również możliwe alternatywne rozwiązanie, zakładające automatyczne rozwiązanie małżeństwa z chwilą zmiany płci metrykalnej. Wymóg rezygnacji ze związku z osobą, z którą osobę transseksualną łączą liczne więzi, zwłaszcza emocjonalne, bez zapewnienia możliwości jego kontynuacji w formie podlegającej analogicznej ochronie jak małżeństwo, został przez Trybunał uznany za naruszający zasadę proporcjonalności. Zasugerował on dwa możliwe rozwiązania. Pierwsze dopuszczałoby dalsze trwanie małżeństwa, co stanowiłoby możliwe do zaakceptowania odstępstwo od generalnej zasady odmienności płciowej nupturientów, ze względu na niewielką liczbę osób, których ten wyjątek by dotyczył. Drugie rozwiązanie zakładałoby przyznanie takim osobom prawa do pozostawania w związku, któremu zagwarantowane byłyby takie same prawa jak małżeństwu³³. Z kolei ETPC w sprawie Wena i Anita Parry vs W.B. uznał, że analogiczny warunek zawarty w prawie brytyjskim nie stanowi naruszenia konwencji, właśnie dlatego, że istniejące związki partnerskie osób tej samej płci, dają niemal te same prawa co małżeństwa³⁴. Tak doniosła kwestia powinna być uregulowana w Polsce ustawowo, a nie pozostawiona praktyce orzeczniczej.

Kolejną bolączką osób transseksualnych w Polsce jest brak trybu wymiany dokumentów wydanych przed uczynieniem wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia. Na przykład brak jest podstaw do wymiany świadectwa pracy. Osoba taka musi zatem posługiwać się jednocześnie dokumentami, na których widnieje płeć metrykalna sprzed jej zmiany oraz odpisem aktu urodzenia. Oznacza to, że przy podejmowaniu pracy za każdym razem zmuszona jest ujawniać przeprowadzoną zmianę płci, co nie tylko narusza jej prawo do prywatności, ale także naraża na dyskryminację³⁵.

Innymi kwestiami wymagającymi uregulowania są m.in. stosunki z dziećmi postoperacyjnej osoby transseksualnej, tryb w jakim ma być dokonywana zmiana płci metrykalnej (czy ma to być postępowanie administracyjne czy sądowe, a jeśli sądowe, to w trybie procesowym czy nieprocesowym), czy i jeśli tak, to jak chronić prawa osób trzecich, które mogą zostać naruszone na skutek zmiany płci metrykalnej osoby transseksualnej, warunki przeprowadzania zabiegu adaptacyjnego, ewentualna dolna granica wieku poniżej której przeprowadzenie zabiegu adaptacyjnego jest niedopuszczalne i wiele innych³⁶. Możliwe jest tu jedynie ich zasygnalizowanie. Warto natomiast, z przyczyn które zostaną przedstawione w dalszej części tekstu, poświęcić uwagę kwestii, która rzadko kiedy jest przedmiotem głębszej analizy w literaturze prawniczej, czyli kryterium ustalenia płci.

³² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE], 27maja 2008 r., 1 Bundesverfassungsgericht [BVL] 10/05.

³³ Por. G. A. Knott, *Transsexual Law Unconstitutional: German Federal Constitutional Court demands reformation of law because of fundamental rights conflict*, Saint Louis University Law Journal, Spring 2010, s. 997 i n.

³⁴ Sprawa do sygn. Akt 42971/05, Skarga uznana za niedopuszczalną 28 listopada 2006 r.

³⁵ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 30.

³⁶ Por. np. M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s. 77 (autor przedstawia założenia przyszłej ustawy); P. Daniluk, *Prawne aspekty...*

4. Kryterium ustalenia płci

4.1. Znaczenie kryterium ustalenia płci

Rozważając podstawy prawne zmiany płci, zarówno przytłaczająca większość przedstawicieli doktryny, jak i sądy zakładają, że taka procedura jest w Polsce dopuszczalna, powołując się przede wszystkim na względy humanitarne³⁷. Jednakże pojawiają się także głosy przeciwnie. Przede wszystkim uchwała Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1989 r. zdawała się wychodzić daleko poza samą kwestię prawidłowości przeprowadzania tzw. sądowej zmiany płci w formie sprostowania aktu urodzenia. Jak już zostało wspomniane, odczytywana była niekiedy jako zakazująca zmiany płci w ogóle³⁸. Najdalej idzie w swoich wnioskach C. Gromadzki, który nie tylko stwierdza, że „z całości porządku społeczno-prawnego da się wyciągnąć czytelną konkluzję, że poczucie przynależności do płci odmiennej nie może stać się kryterium decydującym dla ustalenia płci transseksualisty, gdyż groziłoby to niebezpiecznym odejściem od aksjologii stosunków prawnorodzinnych”, ale ponadto konkluduje: „na gruncie obowiązującego prawa nie jest dopuszczalna tzw. sądowa zmiana płci”. Warto zwrócić uwagę na to, że posługuje się on często argumentami aksjologicznymi, np. „ustawodawca [...] usankcjonował poprzez normy prawa pozytywnego zasady prawa naturalnego, akceptowane w ocenach społecznych i obyczajowych”³⁹. W istocie bowiem zagadnienie to ma charakter filozoficzny, u którego podłoża leży spór o to, co jest prawdziwą płcią człowieka⁴⁰. Przy rozważaniu poszczególnych zagadnień prawnych okaże się, że odpowiedź na nie jest wynikiem właśnie takiej presupozycji.

Rozstrzygnięcie powyższego zagadnienia ma kluczowe znaczenie dla przyszłej legislacji i powinno leżeć u jej podstaw, jeżeli ma ona tworzyć spójny system, a nie być jedynie luźnym zbiorem rozwiązań proceduralnych, choć oczywiście dla samych osób pragnących dokonać uzgodnienia płci biologicznej z płcią psychiczną, to właśnie ta druga kwestia ma podstawowe znaczenie. Pomimo pojawiających się wypowiedzi zarówno w doktrynie⁴¹, jak i w orzecznictwie o wielopłaszczyznowości człowieka (Sąd Najwyższy już w uchwale z 25 lutego z 1978 r. zwracał uwagę na fakt, że nie tylko cechy fizyczne, ale również psychika decyduje o płci człowieka) prawnicy nadal w przeważającej mierze postrzegają go przez pryzmat książki do anatomii, przyznając w praktyce prymat cechom biologicznym⁴². Nawet wówczas gdy za punkt wyjściowy przyjmują

³⁷ Por. M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 74.

³⁸ Por. Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65; M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 80.

³⁹ C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, PS 1997, nr 10, s. 61 i n.

⁴⁰ Por. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 78–79; M. Safjan, *Glosa...*, s. 81.

⁴¹ Por. J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 114.; K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, PS 2005, nr 5, s. 157.

⁴² A czasem idą nawet dalej, co prowadzi do absurdalnych rezultatów. Niech za przykład posłuży fragment komentarza do art. 1 k.r.o.: „Kierownik urzędu stanu cywilnego odmówi odebrania oświadczeń (o wstąpieniu w związek

równoważność cech biologicznych i psychicznych⁴³, dopuszczają zmianę płci metrykalnej zasadniczo po przeprowadzeniu zabiegu adaptacyjnego. Samo zresztą przyjęcie, że obie płaszczyzny są równoważne, nie tylko nie rozstrzyga, ale nawet komplikuje zagadnienie, gdyż w przypadku osób transseksualnych zarówno psychika, jak i fizyczność odpowiadają ściśle określonej płci, tyle tylko, że są to płcie różne. Na jakiej więc podstawie przyjąć, jaką płć ma dana osoba? Konieczne więc wydaje się przyjęcie kryterium rozstrzygającego. Można przypuszczać, że w przypadku uznania za rozstrzygające kryteriów biologicznych tzw. sądowa zmiana płci będzie miała charakter wyjątkowy, obwarowana będzie szeregiem restrykcji. W przypadku gdy uznamy, że decyduje płć psychiczna, wszelkie restrykcje i ograniczenia będą miały charakter wyjątkowy. Będzie to miało zasadnicze znaczenie przy interpretacji i stosowaniu nowego prawa.

Wydaje się zatem zasadne wprowadzenie legalnej definicji płci⁴⁴, przynajmniej dopóty, dopóki to kryterium odgrywa rolę w polskim porządku prawnym. Być może w przyszłości będzie ona irrelevantna prawnie, jednak na razie wciąż ustawodawca skłonny jest różnicować prawa i obowiązki ze względu na płć. Argument o nadmiernej juredyzacji życia społecznego i zbyteczności tego typu regulacji ze względu na oczywistość omawianego zagadnienia jest nietrafny, o czym świadczy chociażby przykład osób transseksualnych. Można tu ponadto wskazać jako podobną regulację zdefiniowanie pojęcia „matka” w k.r.o. Wydawać by się mogło, że intuicyjnie każdy wie, jaki jest desygnat tego pojęcia, jednakże zachodzące zmiany społeczne spowodowały konieczność regulacji tego zagadnienia⁴⁵. Prawo powinno nadążać za rozwojem nauki i nie wykazywać nadmiernego przywiązania do starych formuł, które w dynamicznie rozwijającym się świecie społecznym często okazują się archaiczne⁴⁶.

4.2. Stanowisko doktryny

Aby zobrazować stanowisko przedstawicieli doktryny, warto w skrócie przytoczyć dyskusję, która rozgorzała na gruncie przedstawionych orzeczeń Sądu Najwyższego, dotyczącą

matżeński – przyp. aut) w wypadku anomalii seksualnej, polegającej na transwestytyzmie, uzewnętrzniającym się między innymi w przebieraniu się w odzież noszoną przez osoby płci odmiennej, jeżeli stawia się przed nim osoby, których powierzchowność i sposób zachowania podkreślają brak różnicy płci. Dotyczy to także wypadku transwestyty heteroseksualnego”. (K. Piasecki, *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy. Komentarz*, 2009, s. 28).

⁴³ Por. J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 114.

⁴⁴ Podobny postulat zgłaszają: M. Filar. *Prawne i społeczne...*, s. 77; C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 71; M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany płci metrykalnej transseksualistów a ochrona prawa do życia prywatnego w prawie polskim i zagranicznym*, *Studia Prawnicze*, 2009, z. 1-2 (179-180), s. 237 i n.

⁴⁵ Art. 619 k.r.o. stanowiący, że „Matką dziecka jest kobieta, która je urodziła” wprowadzony został Ustawą z dnia 6.11.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw.

⁴⁶ Por. J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 10-11.

podstawy prawnej tzw. sądowej zmiany płci. Z orzeczeń tych jasno wynika, że mogą być co najmniej dwie takie podstawy.

Pierwszą jest art. 31 prawa o aktach stanu cywilnego⁴⁷, zgodnie z którym: „Akt stanu cywilnego podlega sprostowaniu w razie błędnego lub nieścisłego jego zredagowania”. Stanowisko takie zajął SN w uchwale z 25 lutego 1978 r., zanegował natomiast w uchwale z dnia 22 czerwca 1989 r. Przyjęcie takiej podstawy prawnej dla tzw. sądowej zmiany płci spotkało się zarówno z krytyką, jak i aprobatą przedstawicieli doktryny. Przeciwnicy takiego rozwiązania⁴⁸ podnosili przede wszystkim, że sprostować można jedynie to, co od początku było błędne. Zatem dopuszczalne jest sprostowanie aktu stanu cywilnego w odniesieniu do płci jedynie, gdy płeć dziecka została nieprawidłowo określona po jego urodzeniu, np. z powodu interseksualizmu, natomiast nie wówczas, gdy mamy do czynienia z faktyczną zmianą płci, którą ustala się przy zastosowaniu kryteriów somatyczno-biologicznych. Autorzy ci przyjmują zatem, że decydujące znaczenie w ustaleniu płci człowieka mają czynniki biologiczne, gdyż one jedynie mają charakter intersubiektywny. M. Safjan w głosie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r. stwierdza, że tryb sprostowania byłby adekwatny w przypadku przyjęcia tezy o ciągłości płci człowieka i jednolitości kryteriów jej oceny. Wówczas przyjęcie określonej płci narodzonego dziecka uwzględniające jedynie jego anatomiczne cechy byłoby błędne, gdyby okazało się, że jest niezgodne z jego poczuciem przynależności do danej płci. Błąd taki, chociaż dotyczący rzeczywistości nierozpoznawalnej, mógłby być prawnie relewantny, jako należący do kategorii błędów, dla których podmiotowa niemożliwość ich wykrycia nie jest istotna (błąd obiektywny). Jednakże autor odrzuca taką możliwość. Po pierwsze dlatego, że wszelkie ustalenia w zakresie stanu cywilnego muszą być obiektywnie weryfikowalne, po drugie dlatego, że w rzeczywistości osoby transseksualne przez długi czas funkcjonują w ramach swojej płci metrykalnej, a dążenie do zmiany płci pojawia się w późniejszym okresie ich życia niż moment sporządzenia aktu urodzenia. Według niego „ustalenia w zakresie stanu cywilnego muszą z natury rzeczy opierać się na kryteriach dostatecznie pewnych, obiektywnych i w jakiś sposób weryfikowalnych. Stan cywilny nie należy do zakresu «samookreślenia się człowieka»; jest mu «dany», nie jest więc przedmiotem swobodnych dyspozycji. [...] [Ustalenia sądu – przyp. aut.] powinny więc nawiązywać do w miarę pewnych i obiektywnie ujętych ocen medycznych, tych przynajmniej, które zostały wypracowane w dotychczasowej praktyce medycznej związanej z postępowaniem wobec osób dotkniętych zaburzeniami w sferze identyfikacji płciowej”⁴⁹.

Niedopuszczalność stosowania art. 31 PrASC wynikać ma ponadto z tego, że sprostowanie wywołuje skutki *ex tunc*. Przyjęcie takiego skutku w przypadku zmiany płci spowodowałoby

⁴⁷ Ustawa Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz.U. 2004, nr 161, poz. 1688 (tekst jednolity).

⁴⁸ Por. Z. Radwański, *Glosa...*; M. Safjan, *Glosa...*; M. Sośniak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r.*, III CZP 100/77, OSPiKA 1983, nr 10, poz. 217; M. Filar, *Glosa...*; A. Zielenacki, *Zmiana płci...*

⁴⁹ M. Safjan, *Glosa...*

trudne do rozwiązania problemy, szczególnie na gruncie prawnorodzinnym⁵⁰. Jednakże pojawiły się także głosy przeciwne. J. Pisuliński w głosie do uchwały z 22 czerwca 1989 r. wskazuje na niewyjaśnioną etiologię transseksualizmu i zwraca uwagę na niejednorodność tej grupy. W przypadku osób, u których występują pewne biologiczne zmiany właściwe dla płci przeciwnej niż ich płeć morfologiczna, np. obecność określonych enzymów, dopuszcza on możliwość stosowania omawianego przepisu *per analogiam* (jako sposób wypełnienia luki w prawie), z przyjęciem jednak skuteczności *ex nunc*⁵¹.

Innym rozwiązaniem, przyjętym obecnie przez praktykę sądową w oparciu o postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r. oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., jest dopuszczenie zmiany płci metrykalnej wskutek wniesienia powództwa na podstawie art. 189 k.p.c. Rozwiązanie takie proponowali już Z. Radwański oraz J. Pisuliński w głosach do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r. Sąd Najwyższy, podobnie jak wspomniani autorzy, przyjął, że poczucie przynależności do danej płci jest dobrem osobistym podlegającym ochronie. Ochrona ta następuje w ramach powództwa o ustalenie. Jednocześnie jednak, zezwalając na zmianę płci zasadniczo po dokonaniu zabiegu adaptacyjnego, w istocie również przyjmują, że to cechy biologiczne mają pierwszorzędne znaczenie⁵². Zatem z jednej strony autorzy ci podnoszą, że same poczucie przynależności do danej płci jest zbyt wątplą podstawą dla jej sądowej zmiany, z drugiej strony jest na tyle istotne, by przyznać mu ochronę w ramach instytucji dóbr osobistych⁵³. Nie jest jednak jasne, na czym ma polegać ochrona takiego dobra, skoro w praktyce powołanie się na nie wymaga manifestacji w postaci transformacji ciała. W istocie bowiem w świetle tej koncepcji to nie poczucie przynależności do danej płci stanowi podstawę zmiany płci metrykalnej, ale dokonana zmiana płci biologicznej, która na gruncie założenia o prymacie cech biologicznych powoduje niezgodność między płcią biologiczną a metrykalną. Interesem uprawniającym do wniesienia powództwa o ustalenie jest wówczas potrzeba usunięcia tej niezgodności w imię zasady prawdy obiektywnej aktów stanu cywilnego. Konstrukcja dobra osobistego, jak słusznie zauważa M. Safjan, nie jest wówczas w ogóle potrzebna: „nie chodzi tu o wyrok ustalający prawo osobiste powoda do ochrony poczucia przynależności do określonej płci [...], ale o orzeczenie ustalające płeć danej osoby”⁵⁴. Prawdopodobnie dlatego też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 września 1995 r. nie odwołuje się

⁵⁰ Por. P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 83; M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 79.

⁵¹ J. Pisuliński, *Glosa...*

⁵² Por. też Z. Radwański, *Glosa...*

⁵³ Z. Radwański pisze: „Swoiste dla transseksualistów poczucie przynależności do innej płci [samo poczucie nie jest swoiste, jest ono takie samo jak u każdej innej osoby, swoista jest jedynie niezgodność między tym poczuciem a płcią biologiczną] niż wskazują na to cechy biologiczne człowieka, jest niewątpliwie zbyt wątplą podstawą dla ustalenia tak ważnej dla stosunków społecznych okoliczności, jaką jest płeć człowieka”. (Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65).

⁵⁴ M. Safjan, *Glosa...*, s. 89.

już do instytucji dobra osobistego⁵⁵. M. Safjan nie poddając w wątpliwość charakteru poczucia przynależności do określonej płci jako dobra osobistego, stwierdza, że „zakres takiej ochrony [w ramach instytucji dóbr osobistych – przyp. aut.] byłby z natury rzeczy bardzo wąski i ograniczałby się do poszanowania uczuć danej osoby związanych z określoną płcią i nie mógłby na pewno obejmować tej sfery stosunków, w których niezbędne stawałoby się odwołanie do płci metrykalnej”⁵⁶. Na czym zatem ta ochrona miałaby w istocie polegać? Przyjmuje się, że dobrami osobistymi są uznane społecznie wartości, którym ochrony udziela się jednak w oparciu o kryteria obiektywne, a nie subiektywne⁵⁷. Skoro poczucie przynależności do określonej płci jest rzekomo trudno weryfikowalne i ustalenie płci w oparciu o nie byłoby niezgodne z zasadą prawdy obiektywnej, to na jakiej podstawie przyznawać mu jakąkolwiek ochronę?

Wykorzystanie drogi procesowej skrytykował w swojej glosie J. Ignatowicz⁵⁸, który wspiera koncepcję sprostowania PrASC, uznając, że psychiczne poczucie przynależności do określonej płci tkwi w człowieku już w chwili jego narodzin. Ponadto wskazuje on na sztuczność zabiegu uznania rodziców za stronę pozwaną w toczącym się procesie. Według niego „prawo do płci” to stan osobisty człowieka, a nie stan cywilny, zatem nie występują tu żadne analogie do np. ustalenia pochodzenia dziecka. Nikt poza samą osobą transseksualną nie ma interesu w prawidłowym ustaleniu jej płci. Autor zatem nie zgadza się również na uznanie Skarbu Państwa (obecnie gminy), reprezentowanego przez kierownika urzędu stanu cywilnego, za stronę pozwaną, jak proponowali niektórzy przedstawiciele doktryny. Uzasadnione miałyby to być obowiązkiem kierownika urzędu stanu cywilnego dbania o prawdziwość informacji ujawnionych w aktach stanu cywilnego⁵⁹. Podobnym rozwiązaniem byłoby przyjęcie, że pozwanym może być każdy, kto kwestionuje prawo powoda⁶⁰. Byłaby to nie większa fikcja niż w przypadku uznania za legitymowanych biernie rodziców powoda.

4.3. Identyfikacja płciowa jako alternatywne dla właściwości biologicznych kryterium ustalenia płci

Przyjęcie, że decydujące znaczenie mają cechy biologiczne, rodzi wiele komplikacji. Nasuwa się przede wszystkim pytanie, jakie zmiany płci biologicznej są wystarczające dla przeprowadzenia tzw. sądowej zmiany płci. Czy wystarczą zmiany trzeciorzędowych cech płciowych będące następstwem kuracji hormonalnej czy też konieczne jest dokonanie operacji zewnętrznych

⁵⁵ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura...*, s. 255 i 256.

⁵⁶ M. Safjan, *Glosa...*, s. 87.

⁵⁷ Por. A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 106.

⁵⁸ J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r.*, III CZP 118/95, OSP 1996, nr 4, s. 194.

⁵⁹ Por. K. Osajda, *Transseksualizm w świetle...*, s. 159; A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 53; J. Pisuliński wskazuje na możliwość przyjęcia biernej legitymacji gminy (J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 115).

⁶⁰ Por. K. Osajda, *Transseksualizm w świetle...*, s. 159 i 160.

narządów płciowych? Jeżeli konieczna jest pełna zmiana płci biologicznej, to co w sytuacji, gdy osoba, która przeszła taką zmianę, nie wystąpi do sądu z powództwem. Wówczas jej płeć biologiczna będzie niezgodna z płcią metrykalną, podobnie jak w przypadku zmiany płci metrykalnej bez dokonania zabiegów medycznych. Czy taki stan rzeczy jest do pogodzenia z często powoływaną zasadą prawdy obiektywnej aktów stanu cywilnego? Nie można zastosować trybu sprostowania, gdyż doszło do zmiany płci, jak również art. 189 k.p.c., gdyż jak zauważył J. Ignatowicz „prawo do płci” to stan osobisty człowieka, zatem nikt poza samym zainteresowanym nie ma interesu w jego ustaleniu⁶¹. Jeżeli z kolei ustawodawca zdecyduje się uregulować to zagadnienie w ten sposób, że osoba najpierw zgłasza się do sądu, a ten wydaje orzeczenie zezwalające na zmiany medyczne, a po ich dokonaniu przeprowadza zmianę płci metrykalnej, to co jest wówczas podstawą wystąpienia do sądu? Właśnie poczucie przynależności do danej płci, niepoparte czynnikami biologicznymi – bo taka jest istota transseksualizmu.

W istocie trudno obecnie zrozumieć, jakie kryteria decydują o przypisaniu określonej płci. Z jednej strony zdaje się przeważać pogląd, że są to cechy biologiczne, z drugiej strony podstawą całego procesu zmiany płci jest *de facto* poczucie przynależności do określonej płci. Skoro o płci mają decydować cechy somatyczno-biologiczne, to na jakiej podstawie można dokonywać zmiany płci w ogóle? Czy płeć jest właściwością człowieka, którą może on swobodnie dysponować i podejmując odpowiednie zabiegi medyczne żądać nadania mu płci prawnej innej niż dotychczasowa⁶²? Przyjęcie prymatu płci psychicznej przy ustalaniu płci metrykalnej paradoksalnie zapobiegnie takiej konsekwencji⁶³, gdyż obecna nauka pozwala na zmianę budowy ciała i zależności hormonalnych, nie umożliwia natomiast zmiany identyfikacji płciowej, która w świetle aktualnej wiedzy naukowej jest stała⁶⁴.

Przeciwnicy stosowania obecnie art. 31 PrASC zbyt łatwo przyjmują, że w przypadku transseksualistów dochodzi do zmiany płci, utożsamiając płeć człowieka z jego płcią biologiczną, a przede wszystkim z budową anatomiczną. Tendencje we współczesnej medycynie są odwrotne. W sprawie Rees przeciwko Wielkiej Brytanii⁶⁵ skarżący przedłożył opinię lekarską dr. C. N. Armstronga, w której stwierdził on, że płeć psychiczna jest ważniejsza od płci biologicznej i to ona wyznacza przyszłą rolę społeczną podejmowaną przez daną osobę⁶⁶. Ponadto teorie starające się wyjaśnić etiologię transseksualizmu przyjmują na przykład, że płeć

⁶¹ J. Ignatowicz, *Glosa...*, s. 194.

⁶² Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 239. Autorka uważa, że nieuznanie płci psychicznej za decydującą o płci metrykalnej człowieka powinno prowadzić do niedopuszczalności tzw. sądowej zmiany płci.

⁶³ Oczywiście zakładając, że konsekwencja taka jest niepożądana, co zdaje się robią wszyscy wypowiadający się w tej kwestii autorzy – prawnicy. Dla przedstawicieli doktryny w innych krajach nie jest to już takie oczywiste – por. np. T.S. Kogan, *Transsexuals and Critical Gender Theory: The Possibility of a Restroom Labeled 'Other'*, *Hastings Law Journal*, August 1997, s. 1223-1255.

⁶⁴ Por. S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa...*, s. 517; P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 110.

⁶⁵ Wyrok z dnia 17 października 1986 r., do sygn. akt. 9532/81.

⁶⁶ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 250.

psychiczna jest rezultatem fizjologicznej budowy mózgu, a więc determinowana jest czynnikami biologicznymi, jednakże nie tak łatwo identyfikowalnymi jak zewnętrzne narządy płciowe. Jeżeli uznajemy, że to cechy biologiczne mają decydujące znaczenie, to dlaczego akurat mają to być zewnętrzne narządy płciowe czy inne zewnętrzne właściwości fizyczne? Skoro zatem brak argumentów na to, że to czynniki anatomiczne decydują o płci człowieka, dlaczego nie przyznać znaczenia rozstrzygającego poczuciu przynależności do danej płci? Byłoby to rozwiązaniem o wiele korzystniejszym dla osób transseksualnych, a w końcu *in dubio pro libertate*.

Część autorów dostrzega znaczenie poczucia przynależności do danej płci, nie jest jednak skłonna przyznać mu znaczenia rozstrzygającego. Jednakże nie powinno się *a priori* odrzucać koncepcji prawa do identyfikacji płciowej, którą M. Filar niesłusznie nazywa prawem do swobodnej identyfikacji rodzajowej⁶⁷, gdyż nie jest to kwestia woluntatywna, ale zdeterminowana czynnikami leżącymi poza sferą dyspozycyjności osób transseksualnych. Współczesna medycyna podkreśla, że poczucie przynależności do określonej płci ma charakter stały. Przyjęcie go za wyznacznik płci pozwoliłoby na uznanie go za dobro osobiste będące jednocześnie prawem podmiotowym do ustalenia płci w oparciu o to poczucie, miałoby zatem konkretną treść. Treścią tą byłoby uprawnienie do życia zgodnie z płcią odpowiadającą identyfikacji rodzajowej i zakaz przeszkadzania takiej osobie w dostosowaniu własnego ciała do tożsamości płciowej⁶⁸. Ponadto pozwoliłoby to na przyjęcie spójnej koncepcji zgodnej z koncepcją ciągłości płci i jednolitości stanu cywilnego człowieka (art. 3 PrASC). Osoba transseksualna nie dochodziłaby zmiany płci, ale jej poprawnego określenia. Z. Radwański słusznie zauważa, że przy przyznaniu dominującej roli cechom biologicznym, zezwolenie na zmianę płci stanowi „odstępstwo od tradycyjnego dogmatu niezmienności płci człowieka”. Jednocześnie stwierdza on, że „postęp medycyny i w tym zakresie każe korygować ustalone dawniej pryncypia”⁶⁹. Nie można się z tym stwierdzeniem nie zgodzić. Tyle tylko, że słuszniejsze jest zrezygnowanie z dogmatu o fizycznych wyznacznikach płci niż z dogmatu o niezmienności płci człowieka⁷⁰.

Uznanie prymatu płci psychicznej znajduje oparcie nie tylko w wiedzy medycznej, ale zdaje się mieć je również w najnowszym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Trybunał uznaje bowiem, że art. 8 EKPC gwarantuje każdemu prawo do rozwoju i sposobu życia zgodnie z własną identyfikacją płciową⁷¹.

Argumenty o nieweryfikowalności płci psychicznej oraz o jej wtórności wobec płci biologicznej są nietrafne. Pierwszy z nich zakłada, że uznanie dominującej roli płci psychologicznej jest

⁶⁷ M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s. 74.

⁶⁸ Podobnie M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 256.

⁶⁹ Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65.

⁷⁰ Płeć psychiczną za rozstrzygającą uważa też M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 238 i n.; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 278–279; J. Leszczyński, *Glosa...*

⁷¹ Por. W. Burek, *Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej transseksualistów pooperacyjnych*, Prawo i Medycyna, 2007, nr 1 (26, vol. 9), s. 114 i n.

niezgodne z prawdą obiektywną. Taki wniosek wynika jednak jedynie z przyznania dominującego znaczenia czynnikom biologicznym. Fakt, że płeć psychiczna nie jest weryfikowalna gołym okiem, nie oznacza, że nie poddaje się badaniom. Wprost przeciwnie, temu właśnie służą badania psychologiczne i psychiatryczne. Sąd często korzysta z opinii biegłych psychiatrów czy psychologów, kiedy do rozstrzygnięcia sprawy potrzebna jest wiedza specjalistyczna z tych dziedzin. Jeżeli badania psychiatryczne mogą służyć za podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kary w postępowaniu karnym, to dlaczego nie mogłyby być podstawą dla ustalenia płci? Płeć psychiczna może zatem być tak samo obiektywnie weryfikowalna jak płeć biologiczna, tyle że za pomocą innych narzędzi. Zdarzają się przypadki, gdy np. homoseksualista został błędnie zdiagnozowany jako osoba transseksualna⁷², czy też poczucie przynależności do płci przeciwnej jest objawem zaburzeń psychotycznych⁷³, ale podobnie zdarzają się błędy w identyfikacji płci noworodków w oparciu o kryteria anatomiczne (np. z powodu interseksualizmu), która to czynność ma charakter rutynowy i powierzchowny⁷⁴, a nie jest to dla większości autorów argument przemawiający za zarzuceniem stosowania takich kryteriów. Nie ma również żadnego oparcia w rzeczywistości twierdzenie, że do zmiany płci psychicznej dochodzi w późniejszym okresie⁷⁵. Trudno wymagać od noworodka, aby określił swoje poczucie przynależności do określonej płci. Świadomość własnej płci pojawia się u dzieci w późniejszym okresie⁷⁶. Jednocześnie badania empiryczne wskazują, że często osoby transseksualne już od najwcześniejszych lat wykazują preferencje do zachowywania się jak przedstawiciele płci przeciwnej niż ich płeć metrykalna⁷⁷. Co więcej biologiczne teorie wyjaśniające przyczyny transseksualizmu, a także niektóre psychologiczne, wskazują, że źródło tego zaburzenia tkwi w dziecku już w chwili jego narodzin⁷⁸ (podobnie J. Ignatowicz w głosie do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r.).

4.4. Skutki przyjęcie prymatu poczucia przynależności do określonej płci

Można zastanawiać się nad sensownością rozważań nad kryterium ustalania płci człowieka. Po pierwsze, w ogromnej większości przypadków psychiczne poczucie przynależności do określonej płci odpowiada płci biologicznej. Po drugie, istotą transseksualizmu jest nie tylko

⁷² Por. S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany...*, s. 72.

⁷³ Por. M. Urban, *Transseksualizm czy urojenia zmiany płci? Uniknąć błędnej diagnozy*, *Psychiatria Polska*, t. XLIII, nr 6, 2009, s. 723 i n. Autorka przedstawia problem pacjentów cierpiących na pseudotransseksualne urojenia.

⁷⁴ Por. K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 136.

⁷⁵ Tak m.in. Z. Radwański, *Głosa...*, s. 65; M. Safjan, *Głosa...*, s. 83.

⁷⁶ Por. K. Osajda, *Transseksualizm w świetle...*, s. 143.

⁷⁷ Por. S. Dulko, K. Imieliński, W. Czerniewicz, *Prawne aspekty małżeństwa transseksualistów (Analiza niezwykłego przypadku)*, *Nowe Prawo* 1983, nr 6, s. 69; *Standards of Care for the Health...*, s. 12 i n.

⁷⁸ Por. S. Dulko, K. Imieliński, *Głosa...*, s. 517 i n.; K. Maksymowicz, M. Mędraś, K. Trubner, Ł. Szleszkowski, *Podstawy prawne dla orzekania płci osobniczej w zespole dezaprobaty płci pod postacią transseksualizmu. Porównanie stanu w Polsce i niektórych wybranych krajach*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalistyki* 2005, nr 54, s. 62.

identyfikacja płciowa przeciwna do płci biologicznej, ale również chęć dokonania zmian fizycznych, które dostosują ciało do płci psychicznej zgodnie ze społecznymi wzorcami. Zatem większość osób będzie dążyła do przeprowadzenia także zabiegu adaptacyjnego⁷⁹.

Zagadnienie to nie jest jednak czysto teoretyczne, gdyż wiąże się z pytaniem: czy warunkiem zmiany płci metrykalnej może być dokonanie zabiegu adaptacyjnego? Odpowiedź na nie będzie miała praktyczne skutki, choć w niewielkiej liczbie przypadków. Po pierwsze, są osoby, którym do usunięcia poczucia dysharmonii między płcią fizyczną a psychiczną wystarczyłoby jedynie prawne uznanie ich płci psychicznej. Lekarze zwracają uwagę na terapeutyczną rolę tzw. sądowej zmiany płci, wskazując, że w części przypadków jest ona w zupełności wystarczająca⁸⁰. Niektóre osoby zadowolają się zmianą jedynie trzeciorzędowych cech płciowych, ze względu na niebezpieczeństwo i nie do końca satysfakcjonujące rezultaty operacji zewnętrznym narządów płciowych (dotyczy to zwłaszcza zabiegu neophalloplastyki)⁸¹. W końcu przeprowadzenie zabiegu adaptacyjnego jest niekiedy niemożliwe ze względu na stan zdrowia pacjenta.

Czy odpowiedź na to pytanie nie powinna być negatywna? Trudno wyobrazić sobie możliwość zmuszania kogokolwiek do tak drastycznej ingerencji we własną cielesność. Integralność cielesna jest rudymmentarnym prawem człowieka⁸² i żadne względy nie przemawiają za dopuszczalnością stawiania przed nim takich wymogów, by mógł funkcjonować w pełnej zgodzie ze swoją płcią psychiczną⁸³. P. Daniluk, proponując kształt przyszłej ustawy, zakłada, że: „konieczne jest maksymalne zbliżenie takiej jednostki, pod względem fizycznym i prawnym, do pożądanej psychicznie płci”⁸⁴. Oznacza to, że osoba transseksualna typu k/m będzie musiała poddać się nie tylko mastektomii, ale również usunięciu macicy oraz utworzeniu prącia, natomiast osoba transseksualna typu m/k będzie musiała zostać poddana usunięciu prącia oraz moszny i utworzeniu pochwy. Dla ochrony ładu społecznego nie wystarczy zatem upodobnienie się ich płci biologicznej do zmiennej płci metrykalnej na poziomie trzeciorzędowych cech płciowych, ale konieczna jest jedna z najbardziej drastycznych ingerencji w integralność cielesną, nie wspominając już o ryzyku związanym z wykonywaniem takich zabiegów⁸⁵. Zdziwiałające jest, jak łatwo przychodzi autorom stawianie takich wymogów, bez głębszego rozważenia ich słuszności czy konieczności.

⁷⁹ Por. J. Bomba, J. Godlewski, *Przyczynek do zagadnienia transseksualizmu*, *Psychiatria Polska* 1968, nr 3, s. 272.

⁸⁰ Por. S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany...*, s. 72.

⁸¹ Por. xL, *Jak wygląda...*

⁸² Por. np. art. 3 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

⁸³ Por. raport E. Hammarberga, Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, *Human Rights and Gender Identity*, 2009, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P101_20803, 26.01.2012, p. 3.2.1. Wymóg zabiegu adaptacyjnego, a w konsekwencji przymusowa sterylizacja zostały uznane za naruszenie prawa do integralności cielesnej. Podobny pogląd wyraził austriacki Trybunał Administracyjny (patrz przyp. 96) oraz niemiecki Federalny Sąd Najwyższy (patrz przyp. 97). Jest on również podstawowym założeniem hiszpańskiej *Ley de Identidad de Género* z 2006 r. oraz brytyjskiej *Gender Recognition Act* z 2004 r.

⁸⁴ P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 73. Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 102.

⁸⁵ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 102.

Mimo że problem ten jest marginalny, warto poświęcić mu nieco więcej uwagi. Takie postawienie sprawy wywoła bowiem natychmiastowy sprzeciw. Jego przeciwnicy powołują się na potrzebę ochrony podstawowych zasad porządku społecznego czy ładu prawnego⁸⁶ przed sytuacjami, gdy osoba w oparciu o poczucie przynależności do określonej płci uzyska zmianę płci metrykalnej, nie dokonując zabiegu adaptacyjnego. Autorzy ci nie precyzują w jaki sposób ta sytuacja miałaby zagrażać ładowi prawnemu. W przypadku konfliktu domniemanego interesu społecznego i interesu indywidualnego nie można z góry zakładać prymatu tego pierwszego. Należy ważyć zaangażowane w konflikt dobra⁸⁷. Z jednej strony mamy cierpienie osoby, która zmuszana jest do pełnienia ról społecznych niezgodnie ze swoją płcią psychiczną. Nie będzie przesadą uznać, że zmuszanie jej do tego stanowi nieludzkie i okrutne traktowanie, zabronione przez art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Z drugiej mamy niesprecyzowany interes społeczny. W jaki sposób kilka tysięcy osób (a w praktyce o wiele mniej, które nie dokonałyby zabiegu adaptacyjnego) miałyby mu zagrażać? Słusznie J. Leszczyński pisze: „Nie można traktować zachodzącej w sporadycznych wypadkach transseksualizmu zmiany płci męskiej na żeńską jako zjawiska godzącego w obronność kraju lub wprowadzającego zamieszanie w stosunki małżeńskie lub ogólnospołeczne, gdyż byłoby to oczywistym absurdem”⁸⁸ (co prawda odnosi się on wprost do zmiany płci po dokonaniu zabiegu adaptacyjnego, ale autor neguje również obligatoryjność samego zabiegu). Przeciwnicy takiego rozwiązania wskazują, że stanowiłoby to zaburzenie dotychczasowego dychotomicznego podziału płci. Powstałaby wg nich swoista trzecia płeć, charakteryzująca się rozbieżnością między płcią fizyczną a płcią metrykalną⁸⁹. Oczywiście ten argument jest chybiony, jeżeli przyjmiemy decydującą rolę płci psychicznej (każdy będzie miał nadal jedną płeć, o której decydowałoby poczucie przynależności do danej płci, prawie zawsze zresztą odpowiadające płci biologicznej) i wynika jedynie z przedkładania właściwości fizycznych nad psychiczne. Autorzy ci przecież nie uznają, że można mówić o trzeciej płci w przypadku, gdy płeć metrykalna nie odpowiada płci psychicznej tak jak ma to miejsce obecnie w przypadku osób transseksualnych przed zabiegiem adaptacyjnym.

Większość autorów podnosi również, że sytuacja taka stwarzałaby obejście przepisów o odmienności płciowej nupturientów. Oczywiście wynika to ponownie z presupozycji o primacie cech fizycznych – małżeństwo nadal pozostawałoby związkiem kobiety i mężczyzny. Uznajmy jednak na chwilę, że podstawą porządku społecznego jest utożsamianie płci z zewnętrznymi narządami płciowymi, bo do tego w istocie ten argument się sprowadza⁹⁰. Trudno wyobrazić

⁸⁶ Tak SN w uchwale z 22 czerwca 1989 r., podobnie C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 80; P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78; A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 53.

⁸⁷ Por. m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2007 r., P 24/06, Dz.U. z dnia 3 grudnia 2007 r.

⁸⁸ J. Leszczyński, *Glosa...*, s. 101.

⁸⁹ Por. P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78.

⁹⁰ Por. L. Renee, *Impossible Existence: The Clash of Transsexuals, Bipolar categories, and Law*, American University Journal of Gender & the Law, Spring 1997, s. 361 i n. Autorka przywołuje koncepcję „sexual family” M. Fineman, która opisuje postrzeganie rodziny przede wszystkim przez pryzmat relacji seksualnych, a nie między-

sobie stosowanie takiego wybiegu przez osoby homoseksualne w celu obejścia prawa, zwłaszcza że uznanie niewłaściwego określenia płci na podstawie cech anatomicznych poprzedzone byłoby diagnozą psychologiczną i psychiatryczną. Autorzy przywołujący społeczne znaczenie rodziny zbyt dużą wagę zdają się przywiązywać do względów natury prokreacyjno-seksualnej⁹¹. Należy zastanowić się, czy jest to na tyle istotne kwestia, że przeważa nad innymi korzyściami, jakie społeczeństwo odnosi z istnienia małżeństwa, a przede wszystkim, czy jest na tyle istotna, by uniemożliwić osobie pełną realizację w ramach płci, z którą się identyfikuje⁹². Ponadto przeciwko argumentowi o potencjalnym zagrożeniu porządku społecznego przemawia obecna sytuacja w Polsce. Otóż podobne niebezpieczeństwo istnieje i przy przyjmowanym prymacie cech fizycznych, gdyż w sytuacji, gdy tzw. sądowa zmiana płci została przeprowadzona przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego (co zdarza się ze względu na brak jednolitej procedury zmiany płci metrykalnej) brak jakichkolwiek przepisów w tym względzie sprawia, że tylko od osoby zainteresowanej zależy, czy podda się zabiegowi adaptacyjnemu. Może to stwarzać sytuacje, w których osoba prawnie funkcjonuje jako przedstawiciel/ka płci przeciwnej niż wynikałoby to z jej drugorzędowych cech płciowych. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie zawarcia przez nią związku małżeńskiego z osobą o odmiennej płci metrykalnej, ale takich samych zewnętrznych narządach płciowych. A jednak nie ma sygnałów destrukcyjnego wpływu takiej sytuacji na polski ład prawny.

4.5. Uwagi końcowe (w szerszej perspektywie)

Reasumując, przyjęcie identyfikacji płciowej za kryterium przynależności do danej płci pozwoliłoby stworzyć spójną koncepcję tzw. sądowej zmiany płci. Jednocześnie pozostawiona powinna być osobom zainteresowanym decyzja co do przeprowadzenia zabiegu adaptacyjnego, gdyż jego obligatoryjność stanowiłaby nadmierną ingerencję w ich integralność cielesną. Jeżeli ustawodawca chciałby doprowadzić do sytuacji, w której płeć metrykalna odpowiada

pokoleniowych (por. M.A. Fineman et al., *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Ashgate, 2009, rozdział przedstawiający koncepcję dostępny na stronie: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1516635, 26.01.2012).

⁹¹ Por. M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s.73. Sam Autor jednak w następujący sposób przedstawia to zagadnienie: „Organizacja życia społecznego opiera się na układzie dwóch przeciwstawnych płci. U jego źródeł leżą niewątpliwie względy przedłużenia gatunku. Chodzi tu zresztą nie tylko o względy natury prokreacyjno-seksualnej, lecz głównie o to, iż ze względu na długotrwały proces rozwoju istoty ludzkiej aż do uzyskania zdolności samodzielnego utrzymania się przy życiu, konieczne jest utworzenie takich mechanizmów społecznych, które zabezpieczyłyby realizację tego zadania”.

⁹² Por. A.H. Friedman, *Same-Sex Marriage and The Right To Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, Howard Law Journal, winter 1992, s. 173 i n. Autor przedstawia konflikt między prawem do małżeństwa a zakazem małżeństw jedno płciowych na gruncie prawa amerykańskiego, analizuje jednak wiele argumentów, które podnoszą w Polsce przeciwnicy proponowanego rozwiązania odnoszącego się do osób transseksualnych.

płci biologicznej, powinien raczej wprowadzać udogodnienia pozwalające uzyskać taki rezultat, np. refundację zabiegu adaptacyjnego⁹³.

Takie podejście nie jest zresztą odosobnione. J. Leszczyński stwierdza: „Jeżeli chodzi natomiast o późniejszą [po narodzinach – przyp. aut.] identyfikację płci przez osoby dotknięte transseksualizmem, to trudno jest uznać za kryterium tej identyfikacji konieczność przeprowadzenia zabiegu chirurgicznego celem korekty płci, jak to postuluje Z. Radwański. Stan ów da się ustalić za pomocą badań lekarskich. Jeżeli więc konkretna osoba identyfikuje się z płcią przeciwną do tej, na którą wskazują jej zewnętrzne cechy biologiczne, prawo powinno znaleźć takie rozwiązanie, które umożliwiłoby jej normalne funkcjonowanie w społeczeństwie⁹⁴. Proponowane rozwiązanie może wydawać się nowatorskie w świetle dotychczasowych wypowiedzi polskiej doktryny oraz orzecznictwa, ale wpisuje się ono w jeden z nurtów toczącej się w Europie Zachodniej i Stanach Zjednoczonych dyskusji na temat wzorca tożsamości płciowej. Odrzuciwszy wzorzec biologiczny (*biological model of gender*), zakładający prymat właściwości biologicznych przy ustalaniu płci człowieka, oraz zasadniczo model medyczny (*medical model of gender*), akceptujący znaczenie poczucia przynależności do określonej płci, ale jednocześnie wymagający możliwie najpełniejszego dostosowania ciała do płci psychicznej⁹⁵, opowiedzieć się należy za prymatem płci psychicznej (*model of gender self-determination*⁹⁶), który jako jedyny umożliwia pomoc osobom transseksualnym przy pełnym poszanowaniu ich praw⁹⁷. Wspomniane badania psychiatryczne oraz psychologiczne nie stanowiłyby przy tym ograniczenia tych praw, a wręcz przeciwnie, służyłyby ich zabezpieczeniu, gdyby ich racją było prawidłowe zdiagnozowanie transseksualizmu i wykluczenie innych przyczyn odmiennej identyfikacji płciowej, a nie utrudnienie poprawnego ustalenia płci.

Warto także przyjrzeć się rozwiązaniom stosowanym w innych państwach w odniesieniu do zmiany płci metrykalnej. Większość obcych regulacji przewiduje wymóg wcześniejszego przeprowadzenia zabiegu adaptacyjnego. Przykładowo belgijska ustawa z 10 maja 2007 r. do złożenia przed urzędnikiem stanu cywilnego oświadczenia o poczuciu przynależności do płci odmiennej

⁹³ Zabiegi korekty zewnętrznych narządów płciowych były refundowane do 16 kwietnia 1999 r. (Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 35.).

⁹⁴ J. Leszczyński, *Glosa...*, s. 101.

⁹⁵ Por. J. L. Madeira, *Law as a Reflection of her/his-story: Current Institutional Perceptions of, and Possibilities for, Protecting Transsexuals' Interests in Legal Determination of Sex*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, October 2002, s. 128-185; J.L. Koenig, *Distributive Consequences of Medical Model*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Summer 2011, s. 619 i n. Autor przedstawia konsekwencje zastosowania modelu medycznego przy ustalaniu tożsamości płciowej osób transeksualnych, wskazując wpływ doktryny na ich życie w Stanach Zjednoczonych, jednakże wiele z jego obserwacji można przenieść z powodzeniem na polski grunt.

⁹⁶ Termin *self-determination* może wprowadzać w błąd, sugerując możliwość dowolnego „kreowania” płci, jednakże jego użycie dla opisanego wzorca tożsamości płciowej jest uzasadnione podkreśleniem opozycji, w jakiej pozostaje wobec dwóch pozostałych, poprzez przyznanie decydującego znaczenia poczuciu przynależności do określonej płci.

⁹⁷ Por. F. H. Romeo, *Beyond A Medical Model: Advocating For A New Conception of Gender Identity In The Law*, *Columbia Human Rights Law Review*, Summer 2005, s. 713-753.

od płci metrykalnej wymaga od osoby transseksualnej przystosowania ciała do płci, do której przynależność odczuwa, tak dalece jak medycyna na to pozwala. Z kolei ustawa włoska nie przewiduje warunku przebycia operacji zmiany płci, jednakże sądy wypracowały praktykę, zgodnie z którą zabieg taki jest niezbędny⁹⁸. Takie podejście nie jest jednak normą. Przykładowo w Nowej Zelandii warunkiem zmiany płci jest „interwencja medyczna”, która nie jest utożsamiana z zabiegiem adaptacyjnym i jego przeprowadzenie nie jest konieczne do uzyskania zmiany płci metrykalnej uprawniającej do zawierania małżeństw i adoptowania dzieci⁹⁹. W Szwecji warunkiem wydania stosownego orzeczenia przez właściwą komisję lekarsko-prawniczą nie jest dokonanie zabiegu adaptacyjnego (zabieg taki jest niedopuszczalny bez uzyskania zgody tejże komisji)¹⁰⁰. Również w Finlandii¹⁰¹, na Węgrzech oraz w Wielkiej Brytanii zabieg adaptacyjny nie jest koniecznym warunkiem zmiany płci prawnej¹⁰². Orzeczenie o takiej treści wydał także w 2009 r. Trybunał Administracyjny w Austrii¹⁰³. Podobnie rozstrzygnął niemiecki Federalny Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 6 grudnia 2005 r.¹⁰⁴. Art. 1:28 holenderskiego kodeksu cywilnego wymaga przystosowania ciała do płci, do której przynależność odczuwa osoba transseksualna w stopniu, w jakim jest to medycznie i psychologicznie możliwe i uzasadnione¹⁰⁵. Hiszpańska ustawa z 2006 r. również nie stawia wymogu przejścia operacji chirurgicznej, a jedynie dwuletniej terapii hormonalnej¹⁰⁶. W końcu, w większości stanów Australii wymagane jest jedynie usunięcie zewnętrznych narządów płciowych (w przypadku transseksualistów typu k/m macicy i jajników), nie jest natomiast konieczne chirurgiczne wytworzenie narządów odpowiadających fizycznie płci psychicznej¹⁰⁷.

5. Konsekwencje przyjęcia prymatu płci biologicznej

Na zakończenie warto odnieść się do konsekwencji przyjmowania prymatu płci biologicznej w obecnym stanie prawnym oraz zagrożeń będących następstwem przyjęcia tej zasady w przyszłej ustawie.

⁹⁸ Por. M. Kosiedowska, *Zmiana płci w prawie włoskim*, Prawo i Medycyna 2008, nr 2 (31, vol. 10), s. 82.

⁹⁹ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 263 i n.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Por. tekst ustawy, która weszła w życie w styczniu 2003, <http://www.transukupuiste.fi/en/transsexualism/ttp8407.php>, 26.01.2012.

¹⁰² Por. C. Castagnoli, *Transgender Persons' Rights in the EU Member States*, 2010, s. 5 i n. Raport sporządzony został na zlecenie Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych Parlamentu Europejskiego.

¹⁰³ VwGH 27.2. 2009.

¹⁰⁴ BVerfG, 1 BvL 3/03.

¹⁰⁵ Por. raport sporządzony przez Human Rights Watch, *Controlling Bodies, Denying Identities. Human Rights Violations against Trans People in Netherlands*, 2011, <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/netherlands0911webwcover.pdf>, 26.01.2012, s. 16 i n.

¹⁰⁶ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 263 i n.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

5.1. Legalność zabiegu adaptacyjnego

Niedostatki obecnego stanu prawnego są wyraźnie widoczne w kontekście kontrowersji związanych z legalnością zabiegu adaptacyjnego. Jak już zostało wspomniane, operacja zmieniająca zewnętrzne narządy płciowe skutkuje trwałym pozbawieniem zdolności płodzenia. Część doktryny¹⁰⁸ uważa, że wypełnia to znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 156 § 1 k.k., który stanowi:

Kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci:
Pozbawienia człowieka [...] zdolności płodzenia,
[...] podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

Taka ingerencja lekarska byłaby jednak dopuszczalna, gdyby dokonywana była za zgodą pacjenta, w celu leczniczym i zgodnie ze wskazaniem wiedzy i sztuki lekarskiej¹⁰⁹. O ile ten pierwszy warunek nie budzi większych wątpliwości, o tyle cel leczniczy zabiegu jest przez tych przedstawicieli nauki kwestionowany. Przykładowo M. Filar stwierdza¹¹⁰, że zabieg taki charakteryzuje się wręcz odwrotną kierunkowością, gdyż nie tylko nie leczy, ale utwierdza chorobliwe wyobrażenie na temat własnej płci. Ponownie wynika to z przyznania prymatu cechom fizycznym nad psychiką pacjenta. S. Dulko wykazuje błąd takiego podejścia, stwierdzając, że w przypadku transseksualistów ani ich ciało, ani psychika nie są chore, a jedynie pozostają w skrajnej dysharmonii¹¹¹. Współczesna medycyna wyróżnia dwa rodzaje leczenia: leczenie przyczynowe, nakierowane na usunięcie źródła choroby oraz leczenie objawowe, którego celem jest łagodzenie lub usuwanie symptomów choroby. Ponieważ nie opracowano innej skutecznej metody pomocy osobom transseksualnym, zabieg adaptacyjny ma charakter leczenia objawowego, a jego cel jest celem leczniczym¹¹². Usunięcie zewnętrznych narządów płciowych nie jest okaleczeniem ciała i dopasowaniem go do psychiki pacjenta, ale jedynym znanym, skutecznym sposobem na usunięcie niezgodności między tymi dwoma elementami ludzkiej tożsamości¹¹³. Jest to zatem czynność medyczna w ramach leczenia objawowego, usuwa cierpienie psychiczne wynikające z dysharmo-

¹⁰⁸ M.in. M. Filar, *Prawne i społeczne...*; G. Rejman, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, OSP 1991, nr 2, poz. 35, s. 67; C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*; J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 380–381; M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 2001, s. 78–79.

¹⁰⁹ W przypadku uznania, że zabieg ten nie ma charakteru leczniczego, jego legalność zależałaby od spełnienia innych przesłanek, takich jak przeprowadzenie zabiegu w celu ochrony dobra pacjenta o większej wartości niż dobro poświęcone (Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 99).

¹¹⁰ Por. M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s. 74.

¹¹¹ S. Dulko [w:] K. Imieliński, S. Dulko, *Apokalipsa płci*, Szczecin 1989, s. 295.

¹¹² Na cel leczniczy wskazują: P. Daniluk, *Zabieg...*; M. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, Monitor Prawniczy 2003, nr 16, s. 743; J. Leszczyński, *Glosa...*; A. Sakowicz, *Prawnokarne...*

¹¹³ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 109.

nii między zdrowym ciałem a zdrową psychiką¹¹⁴. Należy przy tym przypomnieć, że za legalnością zabiegu adaptacyjnego opowiedział się jednoznacznie SN w chwale z 25 lutego 1978 r.

Nie powinna budzić wątpliwości konieczność uregulowania w przyszłej ustawie zabiegu adaptacyjnego. Nie chodzi tu tylko o wyraźne wskazanie jego legalności, ale także o szczegółowe ustalenie warunków jego wykonania, wyłączających odpowiedzialność lekarza. P. Daniluk wskazuje, że przyszła regulacja powinna również pełnić funkcje gwarancyjne wobec osób transseksualnych, m.in. poprzez ustalenie kryteriów kwalifikowania pacjentów do tych zabiegów czy kompetencji, jakie powinien mieć lekarz¹¹⁵.

5.2. Kolejność etapów procedury dostosowania płci biologicznej do płci psychicznej

Legalność zabiegu adaptacyjnego wiąże się z następnym zagadnieniem, a mianowicie kolejnością etapów procedury zmiany płci. Chodzi o ewentualne pierwszeństwo zabiegu adaptacyjnego wobec tzw. sądowej zmiany płci. Wymóg takiej właśnie kolejności wprowadził zasadniczo SN uchwałą z 22 marca 1991 r. Niemal wszyscy wypowiadający się w tej kwestii autorzy podzielają to stanowisko¹¹⁶. Znamienne jest, że czynią to zarówno ci, którzy proponują stosowanie procedury sprostowania PrASC, jak i ci, którzy za właściwszą drogę uznają proces wytoczony na podstawie art. 189 k.p.c. Wynika to oczywiście z przekonania o konieczności rozstrzygnięcia przez sąd w oparciu o obiektywne, weryfikowalne oceny medyczne, które jednak znowu sprowadzone są jedynie do oceny fizyczności osoby dokonującej zmiany płci. Z kolei w przytoczonych już wytycznych opracowanych na zjeździe lekarzy i prawników w Łodzi w 1983 r. wyraźnie wskazano, że przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego „chorzy winni uzyskać postanowienie sądu o sprostowaniu aktu urodzenia i zmianie dowodu osobistego”¹¹⁷. Powstaje zatem paradoksalna sytuacja, w której z jednej strony sąd odmawia uznania powództwa o ustalenie ze względu na wymogi prawdy obiektywnej, a z drugiej lekarz odmawia przeprowadzenia operacji zmiany zewnętrznych narządów płciowych, bojąc się odpowiedzialności karnej. Należy przy tym zaznaczyć, że dla części autorów nawet sprostowanie aktu urodzenia przed zabiegiem adaptacyjnym nie zwalnia lekarza od odpowiedzialności karnej¹¹⁸. Nie zagłębiając się w ten problem, należy zauważyć, że nie jest to oczywiste w świetle zasady subsydiarności prawa karnego, zgodnie z którą wszystko, co jest dozwolone w ramach jakiejś dziedziny prawa, nie może być sankcjo-

¹¹⁴ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 108 i n.; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 278-279; J. Waryleski, *O duszy uwięzionej w obcym ciele – dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, *Gazeta Sądowa* 2000, nr 730-74, s. 57.

¹¹⁵ P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 113.

¹¹⁶ Por. m.in. M. Safjan, *Glosa...*; Z. Radwański, *Glosa...*; P. Daniluk, *Prawne aspekty...*; inaczej J. Leszczyński, *Glosa...*

¹¹⁷ J. Kruk-Jeromin i in., *Moralne i prawne...*, s. 108.

¹¹⁸ Por. C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 84.

nowane przez normy prawa karnego¹¹⁹. Można zatem zastanawiać się nad istnieniem w tym przypadku pozaustawowego kontratypu. Nie jest to zagadnienie czysto teoretyczne, ponieważ zdarzały się przypadki wszczęcia postępowania karnego przeciwko lekarzowi, który przeprowadził zabieg adaptacyjny¹²⁰. W przypadku przyjęcia prymatu płci psychicznej oraz dowolności dokonywania zabiegu adaptacyjnego problem kolejności w ogóle by nie powstał, gdyż zabieg nie byłby warunkiem zmiany płci metrykalnej. Warto jednak przytoczyć argumenty przemawiające za pierwszeństwem zmiany płci metrykalnej. Przede wszystkim sam zabieg operacyjny jest jedynie zwieńczeniem długotrwałej procedury medycznej, obejmującej m.in. kurację hormonalną. Procedura sądowa jest krótsza. Ponieważ nie kończy ona samego procesu dostosowywania się osoby transseksualnej do nowej roli społecznej, na który składa się np. wymiana dokumentów, wskazana byłaby wcześniejsza zmiana płci metrykalnej umożliwiająca dokonanie tych czynności jeszcze w trakcie trwania kuracji. Należy skrócić do minimum okres, w którym osoba po przeprowadzonej zmianie płci biologicznej w codziennych sytuacjach nadal musi posługiwać się dokumentami zawierającymi oznaczenie poprzedniej płci metrykalnej. Takie sytuacje są nie tylko niekomfortowe, ale i narażają ją na dyskryminację. W sprawie B. przeciwko Francji¹²¹ Europejski Trybunał Praw Człowieka wyraźnie wskazał na niemożność uzasadnienia trudności faktycznych i cierpienia wynikającego z konieczności każdorazowego tłumaczenia swojej sytuacji życiowej ochroną interesu ogólnego. Warto przytoczyć w tym miejscu pierwszą skargę wniesioną przed Europejski Trybunał Praw Człowieka przeciwko Polsce w kontekście praw osób transseksualnych. W sprawie M.M. przeciwko Polsce¹²² skarżąca studiowała pielęgniarstwo. Musiała jednak porzucić studia, ponieważ nie mogła znieść dyskryminacji i pogardy, z jaką spotykała się podczas stażu w szpitalu, będących wynikiem niezgodności między jej wyglądem (odbyła kurację hormonalną) a męskim imieniem, którym musiała się posługiwać, a które widniało choćby na jej identyfikatorze. Trybunał nie rozstrzygnął sprawy z powodu ugody, jaką zawarła skarżąca z polskim rządem. Fakt zawarcia ugody wskazuje na to, że rząd polski przewidywał niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału.

Co więcej, nie można wykluczyć sytuacji, gdy po rozpoczęciu kuracji sąd odmówiłby zmiany płci metrykalnej, powołując się np. na ochronę praw osób trzecich, którą postulują przedstawiciele doktryny¹²³. Chyba nie trzeba nikogo przekonywać o dramacie takiej osoby, nie mówiąc już o zagrożeniach, jakie stwarzałoby to dla jej zdrowia i życia, gdyby np. zmiana zewnętrznych narządów płciowych miała dokonywać się po zmianie płci metrykalnej. Jak już zostało wspomniane, poddanie się terapii hormonalnej w celu wniesienia powództwa z jedno-

¹¹⁹ Por. A. Zoll [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116, tom 1*, Kraków 1998, s. 204.

¹²⁰ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 112.

¹²¹ Wyrok z dnia 25 marca 1992 r., do sygn. akt 13343/87; Por. W. Burek, *Interpretacja ewolucyjna...*, s. 123-125.

¹²² Sprawa do sygn. Akt 76158/01.

¹²³ Por. Z. Radwański, *Glosa...*; M. Filar, *Glosa...*

czesnym nieusunięciem gonad, do którego to zabiegu lekarze wymagają zmiany płci metrykalnej, wzmacnia ryzyko pojawienia się choroby nowotworowej¹²⁴.

6. Konkluzje

ETPC w orzeczeniu w sprawie L. przeciwko Litwie z dnia 11 września 2007 r.¹²⁵ uznał brak uregulowania przez Litwę zabiegów zmiany płci za zaniechanie obowiązku ciążącego na państwie – stronie Konwencji na mocy jej art. 8. Państwa powinny bowiem dążyć do zapewnienia osobom transseksualnym gwarancji prawnych zapewniających im możliwość funkcjonowania w społeczeństwie. Obowiązek taki ma również Polska. Już choćby z tego względu wprowadzenie odpowiedniej regulacji jest konieczne, a skomplikowana natura zagadnienia powoduje, że najwłaściwsza wydaje się być kompleksowa ustawa, a nie jedynie nowelizacja dotychczasowych przepisów.

Ponadto rolą prawa jest nie tylko petryfikacja zastanych stosunków społecznych. Niekiedy może ono, i powinno, być instrumentem zmian, wpływać na kształtowanie się postaw¹²⁶. Ustawodawca, rezygnując z regulacji analizowanej materii, w najlepszym wypadku lekceważy problem, w najgorszym wykazuje dezaprobatę dla omawianego zjawiska. Taka sytuacja jest szczególnie dotkliwa dla osób transseksualnych, które zamiast ze zrozumieniem, spotykają się z represją, nawet ze strony najbliższych członków swojej rodziny, a które również pozostają pod ochroną państwa.

Z tych powodów konieczne jest jak najszybsze wprowadzenie odpowiedniej regulacji, która będzie realnie rozwiązywać skomplikowane problemy wiążące się z procedurą dostosowania płci metrykalnej do płci psychicznej w duchu poszanowania praw i godności osób, dla których taka zmiana jest konieczna dla prawidłowego funkcjonowania w społeczeństwie i samorealizacji.

¹²⁴ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 28.

¹²⁵ Wyrok z dnia 11 sierpnia 2007 r., do sygn. akt 27527/03.

¹²⁶ Por. K. Patecki, *Prawoznawstwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 133 i 134, 169 i n.

Czy osoby, które nie prowadziły działalności opozycyjnej przed 1989 rokiem, mogą starać się o odszkodowanie na podstawie ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego?

1. Wstęp

Stosowanie norm, zawartych w ustawie o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, sprawia sądom niemały kłopot. Wskutek literalnej interpretacji precyzyjnie sformułowanych przepisów dochodzi na gruncie niniejszego aktu do wydawania rozstrzygnięć niespójnych aksjologicznie – lub odwrotnie – dążąc do słusznego rozstrzygnięcia, orzeka się *contra legem*.

Poprzez użycie w art. 1 ustawy sformułowania: „czyn zarzucony lub przypisany był związany z działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego” ustawodawca z jednej strony wyraźnie wskazał, że nie chodzi tutaj o rzeczywistą działalność na rzecz niepodległego bytu RP, a jedynie o opis czynu, zawarty w wyroku bądź decyzji administracyjnej, z drugiej zaś jakby nie przewidział konsekwencji, które może powodować takie określenie. Na gruncie

^{1*} Autor jest studentem V roku prawa na WPiA UJ.

powyższej regulacji ścierają się więc dwie frakcje – zwolenników interpretacji literalnej tekstu oraz tych, którzy opowiadają się za celowościowym rozumieniem ustawy, wskazując na jej rolę rehabilitacyjną.

2. Przedstawienie problemu

Zagadnienie wyłoniło się podczas lektury orzeczenia wydanego przez Sąd Apelacyjny w Lublinie 6 października 2008 r. (sygn. akt II AKz 317/08). Wyrażono tam następujący pogląd: „Unieważnienie [orzeczenia – D. Z.] może nastąpić, gdy udowodniony zostanie niepodległościowy motyw, cel działania osoby, którą dotknęły represje, lub jeśli czyn skierowany był wprost przeciwko funkcjonariuszom władzy, jeśli działali oni w celu zadławienia, ograniczenia protestu”. W przedmiotowej sprawie odmówiono stwierdzenia nieważności orzeczenia oraz przyznania odszkodowania mężczyźnie, który chociaż nie brał udziału w wydarzeniach radomskich, to został pod tym pretekstem zatrzymany i pozbawiony wolności przez okres 3 miesięcy. Orzeczenie skazujące go za realizację znamion art. 51 § 1 w zw. z § 2 Kodeksu wykroczeń wydało Kolegium ds. Wykroczeń.

Normę nakazującą wypłatę odszkodowania jedynie takiej osobie, która rzeczywiście prowadziła działalność opozycyjną, Sąd Apelacyjny zdekodował z następujących przepisów ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego:

- art. 1 ust. 1 w brzmieniu: „Uznaje się za nieważne orzeczenia wydane przez polskie organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości lub przez organy pozasądowe w okresie od rozpoczęcia ich działalności na ziemiach polskich, poczynając od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r., jeżeli czyn zarzucony lub przypisany był związany z działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego albo orzeczenie wydano z powodu takiej działalności, jak również orzeczenia wydane za opór przeciwko kolektywizacji wsi oraz obowiązkowym dostawom”².
- art. 8 ust. 1 w brzmieniu: „Osobie, wobec której stwierdzono nieważność orzeczenia albo wydano decyzję o internowaniu w związku z wprowadzeniem w dniu 13 grudnia 1981 r. w Polsce stanu wojennego, przysługuje od Skarbu Państwa odszkodowanie za poniesioną szkodę i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę wynikłe z wykonania orzeczenia albo decyzji. W razie śmierci tej osoby uprawnienie to przechodzi na małżonka, dzieci i rodziców”³.

² Ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, Dz.U. z 1991 r. Nr 34, poz. 149 ze zm.

³ *Ibidem*.

3. Wykładnia normy zdekodowanej z art. 1 i 8 ustawy

Badając tekst ustawy, trzeba stwierdzić, iż wnioskowanie przeprowadzone przez lubelski SA jest błędne. Już na początku, posługując się wykładnią językową, musimy dojść do wniosku, że z tekstu prawnego w żaden sposób nie wynika wymóg podjęcia przez osobę ukaraną jakichkolwiek czynności mogących uchodzić za działania na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego. Art. 1 ust. 1⁴ stanowi jedynie, iż za nieważne uznaje się orzeczenie, jeśli czyn zarzucony lub przypisany w tym orzeczeniu był związany z taką działalnością.

Punkt ciężkości przesunięty został w tym wypadku na kwalifikację zachowania dokonaną przez organy państwa, a nie na rzeczywiste działanie osoby – okoliczność ta stanowi jedyny warunek uznania orzeczenia za nieważne⁵. Jeśli ustawodawcy zależałoby na takim zawężeniu zakresu obowiązywania regulacji, aby dotyczyła jedynie osób rzeczywiście walczących o niepodległy byt RP, to użycie sformułowania „czyn dokonany” byłoby nie tylko bardziej precyzyjne, ale także prostsze. Ustawa kładzie więc nacisk nie na działanie osoby, ale na ocenę sądu. Wedle orzeczenia SN z dnia 8 października 1955 r. czynem przypisanym jest bowiem „oparty na wynikach przewodu sądowego opis czynu” (sygn. akt IV K Rn. 555/55). Pełne uznanie dla takiego poglądu wyraził katowicki SA w orzeczeniu z 12 lutego 2009 (sygn. akt II AKa 8/09⁶): „dla pozytywnego rozpoznania wniosku o odszkodowanie w związku z internowaniem [regulacje wynikające z ustawy – D. Z.] nie wymagają jako niezbędnej przesłanki ustalenia działalności wnioskodawcy na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego”.

Ponadto, należy wskazać, że w dalszej części ust. 1 art. 1 użyto sformułowania: „orzeczenie wydano z powodu takiej działalności” [takiej – tj. na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego – D. Z.], uznając powyższą okoliczność za odrębną podstawę do stwierdzenia nieważności. Ustawodawca wskazał, że w tym miejscu idzie nie o formalny opis, ale rzeczywistą działalność. Wyraźnie rozgraniczono te dwie sytuacje, w obu jednak pozostawiono możliwość dochodzenia odszkodowania.

W tym kontekście zaskakująca wydawać się może rozbudowana argumentacja SN, przedstawiona w wyroku z dnia z dnia 17 września 2004 r. (sygn. akt IV KK 162/04), mająca na celu przekonanie adresata, iż nawet dziecko może prowadzić działalność na rzecz niepodle-

⁴ *Ibidem*.

⁵ W orzeczeniach przyjmujących pogląd odmienny często nie odnoszono się do tej kwestii, skupiając się od razu na potrzebie ustalenia form działalności opozycyjnej. Tak np. wyrok SA w Katowicach z 27 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Akz 181/09, w którym czytamy: „stwierdzenie nieważności orzeczenia może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy czyn przypisany był związany z działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego. [...] Przepis ten nie pozostawia żadnej wątpliwości, że musi istnieć związek pomiędzy prowadzoną działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego a represjami”.

⁶ Wyrok ten zasługuje według autora na całkowitą aprobatę w zakresie, w którym dotyczy kwestii wymogu popełnienia czynu oraz ścisłego interpretowania art. 8 pkt 1 jako wyjątku.

głego Państwa Polskiego – a zatem otrzymać odszkodowanie z art. 8 ustawy. W przedmiotowej sprawie prokuratura wysunęła argument, iż kobieta skazana na 10 lat więzienia za pomoc AK była zbyt młoda w chwili popełnienia czynu, by móc w rzeczywistości prowadzić działalność na rzecz niepodległego bytu RP. Obalając ten oczywiście niesłuszny pogląd, SN nie zauważył jednak, że kwestia dokonania takiego czynu jest z punktu widzenia ustawy irrelevantna.

Podobnie Trybunał Konstytucyjny, wydając orzeczenie z dnia 16 marca 2011 r. (sygn. akt K 35/08), uznał, iż:

W świetle ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, nie znajduje podstawy możliwość restrykcji szkód niewynikających z działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego. Do szkód niepodlegających kompensacji na podstawie wymienionej wyżej ustawy zaliczać się mogą uszczerbki związane z ograniczaniem wolności osobistej, ograniczaniem możliwości wyjazdów za granicę w celach prywatnych lub zawodowych, ograniczaniem swobody artystycznej oraz wolności słowa, które nie musiały wiązać się z propagandą polityczną czy wymierzaniem wyroków skazujących za czyny z rozdziału VI dekrety o stanie wojennym.

Głównym celem wyroku, zarówno z punktu widzenia wnioskującego – Rzecznika Praw Obywatelskich, jak i orzekającego składu, było rozszerzenie możliwości dochodzenia odszkodowania przez osoby pokrzywdzone działaniem organów państwa totalitarnego⁷.

Poprzez użycie sformułowania „uznaje się za nieważne” skutek nieważności następuje z mocy prawa, a nie, jak wynika z wypowiedzi Sądu, daje możliwość unieważnienia. „Uznanie za nieważne” jest rezultatem woli ustawodawcy (art. 1 ustawy), który ze skutkiem retroaktywnym (*ex tunc*) pozbawia je [orzeczenie – D. Z.] ważności z mocy prawa”⁸.

Należy stwierdzić, że samo uznanie za nieważne konkretnego aktu prawa, opisanego z art. 1 ustawy⁹, nie wystarcza dla uwzględnienia roszczenia odszkodowawczego¹⁰, o którym mowa w art. 8. Ustawodawca przewidział jeden warunek negatywny, opisany w ust. 5 art. 8, który stanowi, iż regulacji art. 8 ust. 1:

⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego umożliwił dochodzenie odszkodowania przez sprawców niektórych przestępstw kryminalnych, zagrożonych w okresie stanu wojennego nadmiernie surowymi karami.

⁸ R. Kmiecik, *Ułatwienia dowodowe w postępowaniu rehabilitacyjnym (w świetle ustawy z 23 lutego 1991 r.)* [w:] „Palestra”, z 9-10, r. 1995, s. 43.

⁹ Ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu..., *op. cit.*

¹⁰ Wszelkie przedstawione w pracy poglądy dotyczące odszkodowania należy odpowiednio odnosić także do zadośćuczynienia.

nie stosuje się do osób, których działalność, w okresie będącym podstawą stwierdzenia nieważności orzeczenia albo uznania za nieważne decyzji określonej w ust. 1, stanowiła zaprzeczenie działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego.

Nie ma tutaj mowy o czynie przypisanym lub zarzucanym, a o działalności, którą rozumieć trzeba jako realną aktywność. Jediną przesłanką uniemożliwiającą przyznanie odszkodowania będzie więc rzeczywiste podejmowanie takich działań, które stoją w jawnej opozycji do idei niepodległego bytu RP. Taki pogląd został także wyrażony w orzeczeniu SA w Katowicach z 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt II AKa 429/10):

Oceniając ten materiał dowodowy, organ prowadzący postępowanie uznał, że nie zostało udowodnione, aby Stanisław K. prowadził jako TW działalność stanowiącą zaprzeczenie działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego. Nie została zatem spełniona negatywna przesłanka z art. 8 ust. 5 ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego [...]. Brak takiej przesłanki pozwalał na zasądzenie na rzecz małżonki po zmarłym Stanisławie K. stosownego zadośćuczynienia.

Poza wszelkimi wątpliwościami, warunkiem wypłacenia odszkodowania lub zadośćuczynienia pozostaje także związek pomiędzy ukaraniem a powstałą szkodą lub krzywdą. W tym zakresie została wypracowana jednolita linia orzecznicza i zagadnienie to nie będzie przedmiotem dalszego wywodu.

Dokonując oceny, czy w danej sytuacji zachodzą przesłanki do wypłaty odszkodowania, trzeba mieć na uwadze niejako dwie płaszczyzny – z jednej strony, polegając jedynie na prawdzie formalnej, należy ocenić, czy czyn przypisany lub zarzucany charakteryzował się cechami opisanymi w art. 1, z drugiej zaś zbadać rzeczywistą działalność wnioskodawcy pod kątem jej ewentualnej niezgodności z ideą niepodległego bytu RP, dążąc do ustalenia prawdy materialnej.

Zgodnie z zasadą, wedle której wyjątki należy interpretować ściśle¹¹, należy stwierdzić, iż odszkodowanie przysługuje każdej osobie, która nawet nie prowadząc działalności opozycyjnej, została ukarana w taki sposób, że z opisu zarzucanego bądź przypisanego jej czynu wynika, że miało to związek z taką działalnością (w tym miejscu ważny jest opis czynu, a nie jego rzeczywista forma), a jednocześnie jej rzeczywiste postępowanie nie stanowiło zaprzeczenia idei niepod-

¹¹ „Przepis art. 8 ust. 5 powołanej ustawy winien być interpretowany ściśle i wyłącznie jako przesłanka negatywna uzyskania odszkodowania”. – SA w Katowicach z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt II AKa 8/09.

ległego bytu RP. Ciężar dowiedzenia, że zachodzi ten swoisty rodzaj „niegodności”, spoczywać będzie w tym wypadku na sądzie.

4. Możliwe problemy w stosowaniu regulacji i propozycje rozwiązania

Mając na uwadze przedstawioną wyżej możliwość interpretacji, wypada przyrzeć się problemom związanym z penalizacją zastępczą. Zdarzały się bowiem sytuacje, w których funkcjonariusze MO, nie mogąc poradzić sobie z pewnymi, niepożądanymi z punktu widzenia ówczesnego systemu, zjawiskami społecznymi, jak np. nielegalny handel walutą, zarzucaли osobom parającym się takim procederem działalność wywrotową, udział w nielegalnym zgromadzeniu itp.¹². Zarzuty takie skutkować mogły długotrwałym internowaniem. Pojawia się więc pytanie, jak ocenić taką sytuację z punktu widzenia ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, przede wszystkim zaś, czy można arbitralnie uznać, iż każde przestępstwo o charakterze niepolitycznym decyduje już o zakwalifikowaniu aktywności danej osoby jako: „zaprzeczenie działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego”. Przypadek tzw. cinkciarzy jest o tyle ciekawy, że ich „profesja” była akceptowana przez społeczeństwo i stanowiła swoistego rodzaju sprzeciw wobec systemu, nierozzerwalnie związanego z ideą gospodarki centralnie planowanej.

Podążając ustalonym tokiem rozumowania, trzeba dojść do wniosku, że handlowanie walutą wbrew obowiązującym przepisom może być przeszkodą w przyznaniu odszkodowania, przewidzianego przez art. 8 tylko wtedy, jeśli wykaże się konflikt pomiędzy taką aktywnością a niepodległym bytem RP. Wydaje się, że jest to niemożliwe. Warto w tym kontekście odnieść się do orzeczenia SN (postanowienie V KK 230/09), w którym słusznie wskazano, iż:

Działalnością stanowiącą zaprzeczenie działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego jest bowiem nie tylko działalność na rzecz utrzymania i obrony ówczesnego niedemokratycznego ustroju, ale też kryminalna działalność przestępcza osoby internowanej, jeżeli została ona internowana jedynie z powodu takiej swej przeszłości i nie prowadziła działalności opozycyjnej wobec istniejącego wówczas ustroju politycznego, jako że „trudnienie się” popełnianiem przestępstw pospolitych na szkodę innych obywateli trudno uznać za działania zgodne z walką o niepodległy byt Państwa Polskiego.

¹² Tak było w przypadku decyzji o internowaniu nr 423, wydanej w Krakowie. Internowany handlował walutą, nie prowadząc jednak żadnej działalności opozycyjnej. Uznano go jednak za winnego „systematycznego zakłócania porządku publicznego w Rynku Głównym i innych rejonach m. Krakowa”, stwierdzając, że jednocześnie zajmuje się „nielegalnym obrotem wartościami dewizowymi”.

Zaznaczyć trzeba, że w przedmiotowej sprawie nacisk położono właśnie na szkodliwość działań wnioskodawcy, który dokonywał kradzieży w włamaniem. Z tego punktu widzenia istotnym wydaje się orzeczenie SA w Katowicach z dnia 5 marca 1998 r. (sygn. akt II AKo 373/97). Orzekając o odszkodowaniu dla wnioskodawcy, który od 1948 r. dopuszczał się rozmaitych rozbojów i kradzieży, odmówiono zasądzenia odszkodowania, co należy uznać za rozstrzygnięcie prawidłowe. Jednakże punkt ciężkości błędnie położono na brak rzeczywistej działalności na rzecz niepodległego Państwa Polskiego, miast zwrócić uwagę na kwestie poruszone w pkt. 5 art. 8 ustawy¹³.

Mając na uwadze powyższe argumenty, zasadnym wydaje się postawienie tezy, że o negatywnym rozpatrzeniu wniosku o odszkodowanie z art. 8 nie decyduje fakt popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa niepolitycznego, ale dopuszczenie się czynu szkodliwego z punktu widzenia społeczeństwa. I tak np. handlowanie walutą czy żywnością poza oficjalnym obiegiem nie może stanowić takiej okoliczności.

Taka, pozornie sprzeczna z duchem ustawy, konkluzja okaże się całkowicie uzasadniona, jeśli zastanowić się nad istotą odszkodowania i zadośćuczynienia. Instytucje te związane są ze szkodą lub krzywdą – zaistnienie którejś z tych okoliczności w związku z ukaraniem stanowi uzasadnienie dla ich stosowania. Gdyby natomiast przyjąć pogląd odmienny od przedstawionego wyżej, tzn. taki, który łączy możliwość zasądzenia odszkodowania z rzeczywistą działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, okazałoby się, że odszkodowanie z art. 8 ust. 1 przybiera postać nagrody za opór wobec komunistycznych władz. Nacisk kładlibyśmy wtedy nie na szkodę, ale na fakt zaistnienia bohaterskich postaw. Byłoby to sprzeczne z celem art. 8 ustawy. Podobnie rzecz będzie się miała w przypadku zadośćuczynienia, którego wysokość miarkowana będzie przez doznaną krzywdę. Za błędny należy uznać pogląd wyrażony w wyroku wrocławskiego SA z dnia 15 października 2003 r. (sygn. II AKa 352/03), iż: „wysokość zadośćuczynienia, zwłaszcza wówczas, gdy osoba represjonowana zmarła przed wydaniem orzeczenia, pozostawać musi w rozsądnych granicach i brać pod uwagę istotę działalności patriotycznej, do której odnosi się ustawa lutowa. Podjęcie takiej działalności w warunkach zniewolenia państwa, jak uczy historia Polski, zawsze wiązało się z ryzykiem bardzo poważnych konsekwencji, nierzadko idących dalej niż pozbawienie wolności. Osoby zaangażowane w działalność patriotyczną świadomie owo ryzyko podejmowały, przyjmując, że walka o niepodległość nie zna ceny i godna jest najwyższych poświęceń. Te same osoby za moralnie wątpliwe uznawały jednocześnie prawo do późniejszego domagania się szczególnie wysokich rekompensat za swoją patriotyczną postawę”. Trudno bowiem uznać, iż Skarb Państwa powinien ponosić mniejszą odpowiedzialność finansową tylko dlatego, że osoby represjonowane uznawały, że ich cierpienia były konieczne dla odzyskania niepodległego bytu RP.

¹³ Ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu..., *op. cit.*

5. Wnioski

Dokonując końcowego zestawienia poglądów przedstawionych w niniejszej pracy, należy wskazać na następujące wnioski:

Na gruncie ustawy, będącej przedmiotem powyższych rozważań, możliwe jest stwierdzenie nieważności orzeczeń wydanych zarówno wobec osób, które rzeczywiście działały na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, nawet jeśli nie uwzględniono tego w opisie czynu („Uznaje się za nieważne orzeczenia wydane przez polskie organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości lub przez organy pozasądowe w okresie od rozpoczęcia ich działalności na ziemiach polskich, poczynając od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r., jeżeli [...] orzeczenie wydano z powodu takiej działalności”), jak i wobec tych, którym jedynie przypisano taką aktywność w orzeczeniu, względnie w akcie oskarżenia („Uznaje się za nieważne orzeczenia wydane przez polskie organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości lub przez organy pozasądowe w okresie od rozpoczęcia ich działalności na ziemiach polskich, poczynając od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r., jeżeli czyn zarzucony lub przypisany był związany z działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego”).

Krąg osób nieobjętych zakresem art. 8 ust. 1 ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego należy określić bardzo ściśle, w oparciu o ust. 5 tegoż artykułu.

Na gruncie niniejszej ustawy możliwe jest wypłacenie odszkodowanie osobie, która choć nie prowadziła działalności opozycyjnej, to została za taką ukarana i znalazło to odzwierciedlenie w opisie zarzuconego czynu.

